This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Ex Libris
F. SEEBOHM.
ML. G. 33.

L. Rom. 469 a. 14
Roman
552
P862a

PANDECTES

DE JUSTINIEN.

PANDECTÆ
JUSTINIANEÆ,
IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ,

CUM LEGIBUS CODICIS ET NOVELLIS QUÆ JUS PANDECTARUM CONFIRMANT, EXPLICANT AUT ABROGANT,

A R. J. POTHIER;

De lingua latina in gallicam versæ

A D°. DE BRÉARD-NEUVILLE;

Textu emendato, Versione expolita necnon refecta,

A D°. MOREAU DE MONTALIN, Advocatore.

TOMUS NONUS,

Continens titulos IV et V libri XXIII, libros XXIV et XXV, librique XXVI titulos I, II, III, IV, V, VI, VII', VIII et IX.

PARISIIS,

EX TYPIS DONDEY-DUPRÉ,

Via Sancti-Ludovici, N°. 46.

1821.

PANDECTES
DE JUSTINIEN,

MISES DANS UN NOUVEL ORDRE,

AVEC LES LOIS DU CODE ET LES NOVELLES QUI CONFIRMENT, EXPLIQUENT OU ABROGENT LE DROIT DES PANDECTES,

PAR R. J. POTHIER;

TRADUITES

PAR M. DE BRÉARD-NEUVILLE.

Revues et corrigées pour le Texte et la Traduction,

PAR M. MOREAU DE MONTALIN, Avocat.

TOME NEUVIÈME,

Contenant les titres IV et V du livre XXIII, les livres XXIV et XXV, et les titres I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII et IX du livre XXVI.

PARIS,

DE L'IMPRIMERIE DE DONDEY-DUPRÉ,

Rue Saint-Louis, No. 46, au Marais.

1821.

ON SOUSCRIT A PARIS,

Chez
- Me. BORIE, Avocat à Paris, *seul Éditeur*, rue St.-Honoré, N°. 317.
- ARTHUS BERTRAND, Libraire, rue Hautefeuille, N°. 23.
- BARROIS l'aîné, Libraire, rue de Seine, N°. 10, faubourg St.-Germain.
- L. DEVILLY, Libraire à Metz.
- GAUTIER frères, Libraires à Besançon.
- DONDEY-DUPRÉ, Imprimeur de l'Ouvrage, rue St.-Louis, N°. 46, au Marais, ou rue Neuve St.-Marc, N°. 10, près la place des Italiens.

Et chez les principaux Libraires et Directeurs des postes de la France et de l'Étranger.

Toutes les Lettres doivent être affranchies.

INDEX

Librorum et titulorum qui in hoc tomo continentur, cum serie et ordine singularum cujusque tituli divisionum : totius hujus voluminis specimen quoddam, et materiarum quasi appendicem exhibens.

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS IV.

De pactis dotalis.

Art. I. *Quando et quid de dote pascisci liceat, necne?* Pag. viij
§. I. *De pactis per quæ mulier indotata fieret aut minus dotata.* 2
§. II. *De pactis quæ naturam dotis subverterent?* 8
§. III. *De pactis dotalibus quæ ad delinquendam invitarent, aut per quæ fraus legibus fieret.* 12
Art. II. *Inter quas personas pacta circa dotem fieri debeant?* ibid.
Art. III. *De forma pactorum dotalium.* 18
§. I. *Utrum pacto, an demum per stipulationem possit quis circa dotem sibi prospicere?* ibid.
§. II. *An et quomodo possit pactum in constituenda dote interpositum, alteri prodesse, quam ei qui constituit?* Pag. 18
Art. IV. *De pactorum dotalium interpretatione.* 24
Art. V. *De quibusdam singularibus pactorum dotalium speciebus.* 32
§. I. *De pacto lucrandæ dotis.* ibid.
§. II. *De pacto reddendæ dotis.* ibid.
§. III. *De pactis circa fundum æstimatum in dotem datum interpositis.* 34

TITULUS V.

De fundo dotali.

Art. I. *Cujus rei alienatio ex lege Julia et ex constitutione Justiniani prohibeatur?* 36
Art. II. *Quæ alienatio fundi dotalis prohibeatur?* 40
Art. III. *Quibus casibus alienatio fundi dotalis irrita sit?* 44

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum et uxorem.

PRIMA PARS. *Quas personas et quas donationes spectet prohibitio donandi inter virum et uxorem.* Pag. 48
SECTIO I. *De personis quas spectat prohibitio.* ibid.
§. I. *Quæ donationes videantur inter conjuges factæ?* ibid.
§. II. *Qui conjuges hac prohibitione contineantur?* 52
§. III. *Quæ aliæ personæ præter conjuges, donandi prohibitione contineantur?* 58
SECTIO II. *Quas donationes complectatur, necne, prohibitio donandi inter virum et uxorem, cæterasque personas ad quas hac prohibitio porrecta est.* P. 62
Art. I. *Quæ donationes inter conjuges prohibitione contineantur?* ibid.
Art. II. *Quæ donationes inter conjuges prohibitione non contineantur?* 70
§. I. *De donationibus inter conjuges quæ fiunt mortis causa.* 72
§. II. *De donationibus quæ fiunt inter conjuges divortii aut exilii causa; et an donationes mortis causa factæ, divortio aut exilio infirmentur?* 78
§. III. *De donationibus inter con-*

juges, ex quibus vel is qui donat non fit pauperior, vel donatarius non fit locupletior. P. 82
Prima species donationis. ibid.
Secunda species donationis. 84
Primum exemplum. ibid.
Secundum exemplum. ibid.
Tertium exemplum. 86
Quartum exemplum. 88
Quintum exemplum. 90
Sextum exemplum. 92
Septimum exemplum. ibid.
Octavum exemplum. 94
Ultimum exemplum. ibid.
§. IV. *De natalitiis, aliisve munusculis, nec non de donationibus quæ alterius causæ sequela sunt, ut separari non possint.* ibid.
Art. III. *Circa nonnullas species quæritur an donationem inter conjuges contineant?* 96
Species prima. ibid.
Species secunda. 102
Species tertia. 104
Species quarta. ibid.
Art. IV. *Quæ donationes prohibeantur, necne, inter socerum et generum nurumve; uxorem, et liberos viri?* ibid.
SECUNDA PARS. *De inutilitate donationum inter virum et uxorem et de his quæ inde consequuntur.* 106
Art. I. *De traditionis ex causa donationis inter conjuges inutilitate ad transferendum dominium, et de vindicatione quæ donatori competit.* ibid.
Art. II. *De inutilitate promissionis aut acceptilationis ex causa donationis inter conjuges factæ.* 114
Art. III. *De condictione quæ donatori competit quatenus donatarius ex rebus donatis locupletior factus est.* 116
Art. IV. *An conjux qui ex eo donato locupletior factus non est, id saltem compensare tenentur. et ex qua causa?* 128
Art. V. *De usuris, fructibus, et causa rerum inter conjuges donatorum.* ibid.
TERTIA PARS. *An et quomodo convalescant donationes inter virum et uxorem.* 132
Art. I. *Quas personas et quas donationes complectatur senatusconsultum ad orationem D. Antonini factum?* Pag. 134
§. I. *Quas personas complectatur?* ibid.
§. II. *Quas donationes complectatur oratio?* 136
Art. II. *Quomodo ex oratione Antonini donationes confirmentur, quatenus et adversus quos.* 140
Art. III. *Ex quibus causis morte donatoris non convalescant donationes inter virum et uxorem?* 142
§. I. *De divortio.* 144
§. II. *De morte donatarii.* 146
§. III. *De revocatione.* 150
§. IV. *De aliis causis ex quibus donationes inter virum et uxorem, morte donatoris, non convalescunt.* 154

TITULUS II.

De divortiis et repudiis.

Art. I. *Quid sit divortium, et quis divertere vel repudium mittere possit?* 158
Art. II. *Quæ sit forma divortii?* 162
Art. III. *Quando et quomodo divortium puniatur?* 170
Art. IV. *Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant?* 180

TITULUS III.

Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur?

PRIMA PARS. *An et cui dos, soluto matrimonio, restitui debeat, et quo tempore?* ibid.
SECTIO I. *An et cui restitui debeat?* ibid.
Art. I. *Quid juris circa restitutionem* dotis *obtineat, mortua in matrimonio muliere?* 182
Art. II. *Quid juris obtineat circa restitutionem dotis, quum matrimonium divortio aut morte viri solvitur.* 184
§. I. *Cui actio de repetenda dote competat, quum mulier sui juris est?* 186
§. II. *De casu quo mulier est filiafamilias.* 188
Art. III. *Quid obtineat circa re-*

stitutionem dotis, soluto matrimonio per servitutem alterutrius conjugis? Pag. 196
SECTIO II. *De tempore dotis restituendæ.* 198
SECUNDA PARS. *De actionibus quæ ad dotis restitutionem competunt.* 200
SECTIO I. *Adversus quos competant actiones de restituenda dote?* 202
SECTIO II. *Quid veniat in actione quæ ad dotis restitutionem competit?* 208
CAPUT PRIMUM. *Quid veniat in judicio* dotis, *quum quid vir aut socer accepit dotis causa?* ib.
Art. I. *De casu quo res fungibiles viro aut socero traditæ sunt in dotem.* ibid.
Art. II. *De casu quo vir soceve species inæstimatas accepit dotis causa.* 210
§. I. *De restitutione ipsarum specierum quæ inestimatæ in dotem datæ sunt.* ibid.
§. II. *De restitutione ejus quod vir soceve accepit in vicem rei quam inæstimatam dotis causa acceperat, et quam sine culpa sua habere desiit.* 214
§. III. *De restitutione accessionum et omnis causæ quæ ab ipsis rebus dotis causa citra æstimationem datis profecta est.* 216
§. IV. *De fructibus rerum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt.* 218
Quæstio prima. *An et quomodo fructus rerum dotalium in restitutionem veniunt?* ibid.
Quæstio secunda. *Quæ res in fructu rerum dotalium computentur?* 226
§. V. *De cautionibus interponendis circa species inæstimatas in dotem datas.* 230
§. VI. *De restitutione ususfructus in dotem dati.* 232
Art. III. *Quid veniat restituendum, soluto matrimonio, quum vir soceve species æstimatas accepit?* Pag. 236
Art. IV. *Quando vir soceve dotem accepisse videantur?* 244
SECTIO II CAPUT SECUNDUM. *Quid, soluto matrimonio, veniat in judicio* dotis, *quum vir confessus est se accepisse dotis causa quod non accepit: aut quum viro soceve quid promissum necdum solutum est; aut quum vir aliqua obligatione fuit liberatus.* 248
Art. I. *De casu quo vir confessus est accepisse se dotis causa quod non decepit.* ibid.
Art. II. *De casu quo quid viro soceve promissum est, necdum solutum.* 250
Art. III. *De casu quo vir aliqua obligatione, qua tenebatur, liberatus est dotis causa.* 256
SECTIO III. *Quæ retentiones in judicio* de dote *veniant, et quatenus vir judicio* dotis *teneatur.* 258
Art. I. *De retentionibus quas vir in reddenda dote facere potest.* ibid.
Art. II. *Quatenus vir soceve judicio* dotis *teneatur?* 260
SECTIO IV. *Quod sit privilegium actionum* de dote? 264
SECTIO V. *Quando extinguantur actiones quæ de dote repetenda competunt?* 266
§. I. *De solutione dotis, et redintegratione matrimonii.* ibid.
§. II. *De agnitione legati, morte mulieris, et dotis publicatione.* 268
TERTIA PARS. *De restitutione dotis improprie dictæ.* 270
QUARTA PARS. *De condictione, quæ ex lege Julia et Papia, competit mulieri ad restitutionem eorum quæ vir consecutus est ex jure patronatus in servos dotales ab ipso manumissos.* 274

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

De impensis in res dotales pactis.

§. I. *De impensis necessariis.* P. 280
§. II. *De utilibus impensis.* 288
§. III. *De voluptariis impensis.* 292
§. IV. *De impensis extra causam dotis factis pro muliere.* ibid.

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

Art. I. *Quæ requirantur necne, ut actioni* rerum amotarum *locus sit?* 296
§. I. *Oportere ut conjux conjugi amoverit.* ibid.
§. II. *Oportere ut divortii consilio amotum fuerit.* 300
Art. II. *Quarum rerum nomine, cui et adversus quem, et quatenus huic actioni locus sit?* 302
§. I. *Quarum rerum nomine competat* rerum amotarum *actio?* ibid.
§. II. *Cui hæc actio detur?* ibid.
§. III. *Adversus quem hæc actio competat, et quatenus alius, quam conjux qui amovit, ea teneatur?* 304
§. IV. *Quatenus conjux hoc judicio teneatur?* 306
Art. III *Quale sit hoc judicium; quid in eo observetur, quid præstandum veniat?* ibid.
§. I. *Quale sit, et quæ in eo instituendo observentur?* ibid.
§. II. *Quid in judicio rerum amotarum veniat?* 208
Art. IV. *Quando hæc actio cesset necne?* 310

TITULUS III.

De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

Sectio I. *De agnoscendis liberis.* 312
Art. I. *De senatusconsulto Planciano.* 314
§. I. *Quæ ex senatusconsulto Planciano desiderentur a muliere, ut vir liberos quibus illa se post divortium ex eo prægnantem dicit, agnoscere teneatur?* ibid.
§. II. *Quæ a viro desiderentur ex eodem senatusconsulto, ut non teneatur partum agnoscere.* 316
§. III. *An et quale præjudicium locum habeat vel pro filio vel contra, quum vir aut uxor adversus senatusconsultum peccavit, vel quum neuter peccavit?* ibid.
Art. II. *De senatusconsulto Hadriani temporibus facto circa agnitionem partus.* Pag. 322
Art. III. *De casu quo hoc ipsum in controversia est, an partus constante matrimonio, an postea editus sit, vel an mulier fuerit uxor.* 322
Art. IV. *Quando hæc senatusconsulta cessent?* 324
Sectio II. *De alimentis quæ parentes liberis, et vicissim liberi parentibus, præstare tenentur.* 326
§. I. *Inter quas parentum liberorumque personas obligatio alimentorum præstandorum consistat?* ibid.
§. II. *Quid contineat hæc obligatio, et quandiu duret?* 328
§. III. *Quomodo cogantur parentes liberis, et vice versa, alimenta præstare, et quid in ea cognitione quæratur?* 330
Sectio III. *De alimentis quæ patronis liberti exhibere debent, et vicissim.* 332
Art. I. *De alimentis præstandis a liberto.* ibid.
§. I. *Ad quas personas hæc obligatio porrigatur?* ibid.
§. II. *Quæ concurrere oporteat ut quis cogatur alimenta exhibere patrono?* ibid.
§. III. *Quæ sit pœna liberti, debita patrono alimenta denegantis?* 334
Art. II. *De alimentis patrono præstandis.* ibid.

TITULUS IV.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu.

Art. I. *De casu quo vir muliierem esse prægnantem contendit, mulier autem negat.* 336
Art. II. *De casu quo mulier, mortuo marito, se prægnantem dicit.* 340

TITULUS V.

Si ventris nomine, muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine, in possessione calumniæ causa esse dicetur.

§. I. *Ex qua causa hoc edictum proficiscatur, et quando huic sit locus?* Pag. 348
§. II. *Cui et adversus quem actio ex hoc edicto competat?* ibid.
§. III. *Quid in ea actione veniat?* 350

TITULUS VII.

De concubinis.

§. I. *Quando concubinatus intelligatur et quandiu duret?* 354
§. II. *Quam mulierem in concubinatu habere liceat?* ibid.
§. III. *Cui liceat habere coucubinam?* 352
§. IV. *Quandiu hæc actio duret, et qua exceptione excludatur.* 556

APPENDIX

AD TRES LIBROS SUPERIORES.

De lucris nuptialibus, et secundarum nuptiarum pœnis.

CAPUT PRIMUM. *De lucris nuptialibus.* Pag. 358
CAPUT SECUNDUM. *De pœnis secundarum nuptiarum.* 362
Art. I. *De pœnis quæ viro aut mulieri ad secundas nuptias convolantibus communes sunt.* ib.
§. I. Prima pœna. *Ut prioris matrimonii liberis lucra serventur.* ib.
§. II. Altera pœna. *Ne secundo conjugi ultra donetur quam uni ex liberis minus capienti.* 366
Art. II. *De pœnis quæ propriæ sunt mulieri ad secundas nuptias convolanti.* 368
CAPUT TERTIUM. *De pœnis mulieris quæ intra annum luctus nubit, aut adversus jusjurandum quod præstiterat.* 370

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

De tutelis.

§. I. *Qui in tutela esse possint?* 376
§. II. *Qui possint esse tutores?* 378
§. III. *Quando finiatur tutela?* 382

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

Art. I. *Quibus testamento tutor detur?* Pag. 390
Art. II. *Quis testamento tutor dari potest?* 392
Art. III. *Quomodo tutor testamento dari debeat, et an datus possit revocari?* 400
§. I. *Quomodo dari debeat.* ibid.
§. II. *Quomodo testator tutelam quam adscripsit, revocare possit et quando revocata intelligatur, necne?* 402
Art. IV. *Quando deferatur testamentaria tutela, et quis sit hujus delatæ effectus?* 404
Art. V. *De interpretatione scripturarum quæ tutoris dationem continent.* ibid.

TITULUS III.

De confirmando tutore vel curatore.

Art. I. *De confirmando eo tutore qui inutiliter datus est* P 410
§. I. *Quando confirmetur tutor aut curator inutiliter datus?* ibid.
§. II. *Quæ observentur in confirmando tutore?* 412
§. III. *Ad quam tutelæ speciem pertineat tutor qui testamento inutiliter datus confirmatur?* 416
Art. II. *De confirmando eo tutore de quo ambigitur an utiliter datus sit.* ibid.

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

Art. I. *Quæ sint legitimi tutores?* 418
§. I. *De agnatis.* 420
§. II. *De patrono et patroni liberis.* 422
§. III. *De manumissore filii, et liberis hujus manumissoris.* 426
§. IV. *Quid requiratur in iis quibus tutela legitima defertur, ut tutores esse possint?* 428

§. V. *An cognatis lege deferatur tutela?* Pag. 428
§. VI. *De nova tutelæ legitimæ specie quæ matri defertur.* ibid.
Art. II. *Quando legitimæ tutelæ locus sit?* 430
Art. III. *Quoties deferri possit legitima tutela?* 432

TITULUS V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt.

Art. I. *De tutela aut cura dativa in genere.* 434
§. I. *Qui dare tutores possint?* ibid.
§. II. *Cui possint magistratus dare tutores et curatores?* 438
§. III. *Quis dari possit a magistratu tutor aut curator, et quot possint dari?* ibid.
§. IV. *Quæ requirantur necne circa modum dandi tutoris?* 446
§. V. *De officio magistratus qui dat tutores aut curatores.* 448
Art. II. *De pluribus singularibus speciebus tutorum et curatorum, qui impuberibus a magistratu dantur, necnon de adjutoribus tutelæ.* 450
§. I. *De tutoribus aut curatoribus qui ad certas causas tutorem habenti dantur.* 452
§. II. *De curatoribus qui tutoribus adjunguntur ad universam tutelæ administrationem; nec non de adjutoribus tutelæ, seu actoribus.* 456
Art. III. *De curatoribus puberum.* 456

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur?

Art. I. *Qui possint impuberibus tutores petere?* 462
Art. II. *Qui necesse habeant tutores petere impuberibus?* 464
§. I. *Quibus liberis et quos defensores mater petere teneatur?* 466
§. II. *Quado mater non videatur petiisse tutores, ita ut in pœnam constitutionis incidat?* 468
§. III. *Ex quibus causis a pœna constitutionis mater quæ non petiit tutores excusetur?* P. 474
§. IV. *Quæ sit pœna mulieris tutores filiis non petentis?* 478
Art. III. *Qui petant curatores adultis?* 480

TITULUS VII.

De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

Art. I. *De his quæ sunt prævia administrationi tutelæ vel curæ.* 484
§. I. *Qui tutores vel curatores satisdare teneantur?* ibid.
§. II. *Quatenus necessaria est satisdatio?* 488
§. III. *Quomodo tutor vel curator compellatur et satisdandum?* ibid.
§. IV. *De inventario.* 490
Art. II. *De decernenda uni, vel dividenda inter plures tutelæ administratione.* ibid.
§. I. *De decernenda uni administratione.* ibid.
§. II. *De dividenda inter plures tutores aut curatores administratione, et hujus divisionis effectu.* 498
Primus effectus divisionis tutelæ. ib.
Alter effectus divisionis tutelæ. 504
Art. III. *De tutoribus et curatoribus ad tutelam administrandam vel curam compellendis, et de periculo eorum qui cessant.* 506
Art. IV. *Quæ complectatur tutelæ administratio, et quæ fines hujus excedant?* 512
§. I. *Quæ pertineant ad tutelæ administrationem.* ibid.
1°. Quæ nam sit tutoris non distrahentis pœna? 514
2°. Deposito pecuniæ pupillaris. ib.
3°. Exactio a debitoribus pupilli. 516
4°. Solutio creditoribus pupilli facienda. 518
5°. Pupilli nomine agere, defendere, provocare. ibid.
6°. Pupillo auctoritatem, alimenta præstare. 520
§. II. *Quid fines administrationis tutelæ excedat?* ibid.

Art. V. *Quando finiatur administratio tutelæ vel curæ?* 526
Art. VI. *Quam vim obtineant a tutore gesta?* Pag. 528

TITULUS VIII.

De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

Art. I. *Quando necessaria sit tutoris auctoritas?* 534
Art. II. *A quo debeat interponi auctoritas quæ pupillo necessaria est?* 538
Art. III. *In quibus negotiis tutor auctor esse possit? Item an, et quæ negotia possint pupillum inter et tutorem contrahi?* 540
§. I. *In quibus negotiis tutor auctor esse possit.* Pag. ibid.
§. II. *An et quæ negotia, inter tutorem et pupillum, contrahi possint?* 544
Art. IV. *De forma interponendæ auctoritatis.* 546
Art. V. *De consensu curatorum.* 550

TITULUS IX.

Quando, ex facto tutoris vel curatoris, minores agere vel conveniri possunt.

Art. I. *Quando, ex facto tutoris, minores* agere *possunt?* ibid.
Art. II. *Quando ex facto tutoris minor possit* conveniri? 554

FINIS INDICIS.

DIGESTORUM

SEU

PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS V.

De pactis dotalibus.

CIRCA pacta dotalia quæremus primo, quando et qui de dote pacisci liceat, necne? Deinde inter quas personas pacta circa dotem ineunda sint? Postea videbimus quomodo hæc pacta interponantur, tum de eorum interpretatione. Denique exponentur nonnullæ singulares pactorum dotalium species.

ARTICULUS I.

Quando et quid de dote pacisci liceat, necne?

I. De dote non solum ante nuptias, sed et « pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet ». *l.* 1. Javol. *lib.* 4. *ex Cassio.*

Non quodvis autem pacisci licet circa dotem, etiam ante nuptias. Hinc « ex pactis conventis, quæ ante nuptias, vel post nuptias, interponi solent, alia ad voluntatem pertinent (1); ut mulier dote promissa, se alat; et donec nupta sit, dos ab ea non petatur; aut certam summam viro præstet et ab eo alatur, et his similia ad jus pertinent (2); veluti, quando dos petatur, quemadmodum reddatur; in quibus non semper voluntas contrahentium

(1) Quæ voluntati paciscentium relinquuntur, et de quibus prout libuerit pacisci possunt.

(2) Quæ jure seu lege reguntur, nec pactis privatorum possunt immutari.

QUATRIÈME PARTIE

DU DIGESTE

OU

DES PANDECTES.

LIVRE VINGT-TROISIÈME.

ITRE IV.

Des pactes dotaux.

PAR rapport aux pactes dotaux, nous examinerons, 1°. quels sont ceux qui sont ou ne sont pas permis, et quand ils le sont; entre quelles personnes ils peuvent avoir lieu, et comment ils interviennent. Après quoi nous traiterons de leur interprétation, et enfin de quelques espèces particulières de pactes dotaux.

ARTICLE I.

Quels sont ceux qui sont permis, et quand ils le sont, ou ne le sont pas.

I. Non-seulement avant le mariage, mais encore après le mariage, il est permis de faire des pactes dotaux, quoique avant il n'y ait eu aucune convention à cet égard ».

Cependant toute espèce de pacte dotal n'est pas permise, même avant le mariage. C'est pourquoi, « du nombre des pactes dotaux qui ordinairement interviennent avant le mariage, il y en a qui dépendent de la volonté des parties (1); tels sont ceux par lesquels la femme doit subsister de la dot qui lui a été promise; ne la donner qu'après le mariage; en céder une partie à son mari, à la charge par lui de pourvoir à son entretien, et autres semblables; d'autres sont régis par le droit (2), tels sont les pactes qui règlent le terme de l'exigibilité de la dot et le mode de sa restitution, et dans lesquels la volonté des parties contractantes ne fait pas tou-

(1) Qui sont laissés à la disposition des parties contractantes, et auxquels on peut rattacher telles conventions qu'il leur plaira de faire.

(2) Qui sont régis par le droit ou par la loi, et sont indépendans des conventions des parties.

servatur. Cæterum, si convenerit ne omnino dos petatur, indotata erit mulier (1) ». *l.* 12. §. 1. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

§. I. *De pactis per quæ mulier indotata fieret aut minus dotata.*

II. Prima species pactorum quæ circa dotem reprobantur, est eorum per quæ mulier indotata fieret.

Enimvero, « reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint ». *l.* 2. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Paul, *lib.* 60. *ad ed.*

Hinc, « si convenerit ut, quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus dos apud virum remaneret, Papinianus Iuuiano prætori respondit, morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere (2); et, si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, quum mariti mortalitas intervenit ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 19. *ad Sab.*

Similiter Ulpianus. « Et ideo, si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit; stari pacto non debet, ob hoc quod dos relegata est. Verum et citra relegationem, hoc probari debet. Nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri intervenientibus liberis; toties locum habet, quoties ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit (3) ». *l.* 1. §. 1. *ff.* 33. 4. *de dot. præleg.* Ulp. *lib.* 19. *ad Sab.*

Non potest quidem effici per pactum ut, soluto superstite muliere matrimonio, dos ei non reddatur; quia non debet fieri indotata. Verum, « si convenit ut in matrimonio uxore defuncta, dos penes maritum remaneret, profectitiæ (4) dotis repetitionem hujusmodi pactum inhibuisse explorati juris est: quum deteriorem causam dotis in quem casum soli patri repetitio competit, pacto posse fieri auctoritate juris sæpissime sit responsum ». *l.* 6. *cod.* 5. 14. *de pact. conventis, etc.* Diocl. *et* Maxim.

III. Neque solum si mulier omnino indotata fiat, sed nec valet pactum quo minus dotata fieret.

---

(1) Lex autem non patitur ut mulier, quæ dotata fuit, fiat indotata, aut minus dotata (infra §. seq.): unde concludendum relinquit tale pactum non valere.

(2) Eo scilicet casu, quo morte viri solveretur matrimonium.

(3) Culpa mulieris, ut recte notat Cujacius.

(4) Species est in profectitia dote. In adventitia tale pactum jure Pandectarum esset supervacaneum, quum jure communi, hoc casu, vir talem dotem lucretur: ut videb. infra, *lib.* 24. *tit.* 3. *soluto matrim.*

jours la loi. Mais si on est convenu que la dot ne serait point exigée, la femme reste sans dot (1) ».

§. I. *Des pactes par lesquels la femme serait sans dot, ou moins dotée.*

II. La première espèce de pacte dotal prohibée est celle des pactes par lesquels la femme serait sans dot.

En effet, il est de l'intérêt public de conserver aux femmes leur dot, afin qu'elles puissent se remarier ».

C'est pourquoi, s'il a été convenu que, de quelque manière que fût dissous un mariage dont il resterait des enfans; le mari demeurerait propriétaire de la dot. Papinien a répondu au prêteur Junianus, que si le mariage avait été dissous par la mort du mari, la convention par laquelle la dot devait lui rester étant nulle (2), une telle convention ne devait pas être observée au préjudice de la dot ».

Ulpien dit également : « Et par conséquent s'il avait été convenu entre le mari et la femme que, dans le cas où le mariage serait dissous par la mort du premier, la dot de cette dernière demeurerait à l'héritier du mari s'il laissait un enfant, et que celui-ci en mourant eût légué de nouveau cette dot à sa femme, ce pacte ne peut pas subsister parce que la dot a été léguée de nouveau; toutefois, nonobstant la réitération du legs, on doit maintenir le pacte parce qu'il a été admis que la condition de la dot pouvait être détériorée quand il restait des enfans du mariage, ce qui a lieu toutes les fois que la femme meurt durant le mariage, ou qu'il y a eu divorce (3) ».

A la vérité, on ne peut pas faire un pacte par lequel la dot d'une femme ne lui soit pas rendue lorsqu'elle survit à la dissolution du mariage, parce qu'elle ne doit pas rester sans dot. Mais « s'il a été convenu que la femme venant à décéder durant le mariage, sa dot resterait au mari, il est constant en droit que ce pacte empêche la répétition de cette dot profectice (4), car il a été souvent répondu que le droit permettait de détériorer par un pacte, la condition de la dot, dans le cas où le père seul pourrait la répéter ».

III. Non-seulement le pacte par lequel une femme resterait sans aucune dot, est nul, mais encore celui par lequel sa dot serait diminuée.

---

(1) Cependant la loi ne permet pas qu'une femme dotée devienne sans dot, ni même que sa dot soit diminuée. Voyez le paragraphe suivant. D'où on peut conclure qu'un pareil pacte est nul.

(2) C'est-à-dire, dans le cas où le mariage serait dissous par la mort du mari.

(3) Par la faute de la femme, comme l'observe très-bien Cujas.

(4) La dot, dans cette espèce, est supposée profectice : si elle était adventice, ce pacte serait inutile, suivant le droit des Pandectes, puisque, par le droit commun, le mari acquiert lucrativement une pareille dot, comme on verra *liv.* 24, au titre qui traite *de la dissolution du mariage.*

Hinc Gordianus cuidam Torquatæ ita rescribit : « Quamvis pater tuus quum te nuptui collocaret, pactus sit ut, si maritus tuus, superstitibus filiis communibus, in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur; ejusmodi tamen conventio quo minus actionem integræ dotis habeas, proficere non potest ». *l.* 3. *cod.* 5. 14. *de pact. convent.*

IV. Sed nec quoad tempus reddendæ dotis, mulieris conditio pacto deterior fieri potest.

Hinc Paulus : « De die reddendæ dotis hoc juris est, ut liceat pacisci qua die reddatur : dum ne mulieris deterior conditio fiat ». *l.* 14. Paul, *lib.* 35. *ad ed.*

« Id est, ut citeriore die reddatur ». *l.* 15. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

« Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest; non magis quam ne omnino reddatur ». *l.* 16. Paul., *lib.* 35. *ad ed.*

Idem docet Proculus in specie sequenti : « Atilicinus Proculo suo salutem. Quum inter virum et uxorem pactum conventum ante nuptias factum sit, ut quibus diebus dos data esset, iisdem, divortio facto, redderetur; post quinquennium quam nuptiæ factæ sunt, uxor viro dotem dedit. Divortio facto, quæro utrum quinquennii die vir uxori dotem redderet, an statuto legibus tempore » ?

« Proculus respondit : Quod ad diem reddendæ dotis attinet, pacto existimo meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse. Itaque si cautum est ut propiore tempore, quam legibus constitutum est, reddatur, stari eo debere : si ut longiore, nec valere id pactum conventum. Cujus sententiæ conveniens est dicere, si pacto convento cautum est, ut quanto serius (quæque et) post nuptias data fuerit, tanto post divortium reddatur; si propiore, quam in reddenda dote constitutum est, data sit, valere pactum conventum; si longiore, non valere ». *l.* 17. Procul. *lib.* 11. *epist.*

Nota : « Aliud est, si pater pro filia dotem promisit ut annua, bima, trima, quadrima, quinto anno dos a se redderetur; et convenit ut iisdem diebus dos saluto matrimonio redderetur. Hoc enim pactum ita valet, si patri filia heres extitisset (1), et interveniente ea (2) pactum conventum fuerit ». *l.* 19. Alf. *lib.* 3. *dig. a* Paulo *epit.*

---

(1) Nam, si heres patri non extitit, et proprio nomine repetat dotem, hæc pactio qua protelata est dotis repetitio, ei non nocebit : (Cujac. *observat.* 11. 29.) Si vero pater aut filia tanquam heres patris petat dotem, pactum opponi poterit : nam mulieris quidem jus circa dotem pacto minui non potest, at patris jus minui nihil vetat.

(2) Pacta circa dotem profectitiam interveniente filia fiunt.

C'est pourquoi Gordien dit dans un rescrit adressé à une certaine Torquata : « Bien que votre père, en vous mariant, ait fait un acte par lequel une partie de votre dot serait retenue au profit de vos enfans dans le cas où votre mari décéderait durant le mariage ; ce pacte ne peut être maintenu, parce qu'alors vous ne pourriez plus exercer l'action de la dot entière ».

IV. La condition de la femme ne peut pas être détériorée par un pacte, même par rapport au tems où sa dot doit lui être rendue.

C'est pourquoi Paul dit : « Il est constant en droit qu'on ne peut pas faire, par rapport au tems où la dot doit être rendue à la femme, un pacte par lequel sa condition serait détériorée ».

« C'est-à-dire, par lequel elle devrait lui être rendue dans un tems plus éloigné ».

« Il n'est pas plus permis de retarder par un pacte la restitution de la dot, que d'empêcher qu'elle ne soit rendue ».

Ainsi l'enseigne Proculus dans l'espèce suivante : « Atilicinus » à son ami Proculus, salut. Il avait été convenu entre un homme » et une femme, avant leur mariage, qu'après le divorce, le mari » aurait, pour rendre la dot, le même délai que la femme aurait » pris pour la lui livrer. Or, la femme ne la lui avait livrée que » cinq ans après leur mariage. Ils ont fait divorce. Or on demande » si le mari doit restituer la dot dans cinq ans, ou au terme fixé » par les lois ».

Proculus répondit : « Par rapport au terme où la dot d'une femme doit lui être rendue, suivant moi, on peut améliorer la condition de cette femme, mais on ne peut pas la détériorer. C'est pourquoi, s'il a été convenu de la lui rendre avant le terme fixé par les lois, la convention doit être observée ; mais elle sera nulle si, au contraire, on a prolongé ce terme. D'après cette opinion, il convient de dire que s'il a été stipulé de donner, pour restituer la dot, après le divorce, un délai pareil à celui qu'on aura pris pour la livrer, la convention doit être observée dans le cas où elle aurait abrégé le terme où la dot devait être restituée, et sera nulle dans le cas où elle l'aurait prolongé ».

Remarque. Il en est autrement dans le cas où un père ayant promis pour sa fille une dot payable dans un, deux, trois, quatre ou cinq ans, est convenu qu'elle serait restituée de la même manière après la dissolution du mariage ; car ce pacte serait valide si la fille avait été héritière de son père (1), et qu'elle fût intervenue dans le pacte (2).

---

(1) Car si elle n'avait pas été héritière de son père, et qu'elle répétât sa dot en son propre nom, la convention qui en aurait différé la répétition, ne lui préjudicierait pas. Voyez Cujas, *observ.* 11, 29. Mais si c'est le père qui demande la dot, ou la fille comme heritière de son père, ce pacte pourra leur être opposé ; en effet, si la dot d'une femme ne peut pas être diminuée par un pacte, rien n'empêche que le droit de son père ne le soit.

(2) La fille intervient dans les pactes sur sa dot profectice.

Observandum etiam quod, « licet, manente matrimonio, non possit inter virum et uxorem convenire ut longiore die dos reddatur; post divortium tamen, si justa causa (1) conventionis fuerit, custodiri id pactum debet ». *l.* 18. Jul. *lib.* 18. *dig.*

V. Quum pacto deterior mulieris conditio circa dotem fieri non possit, hinc merito « Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem præstet; videlicet propter utilitatem nubentium : quamvis pacisci possit ne sit periculo ejus nomen debitoris, qui dotem ei promisit (2). Nam (et) ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat; et per contrarium, ut ea dos, quæ periculo mulieris est, sit periculo mariti ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 4. *ad ed.*

VI. Ex his quæ diximus, facile solvetur quæstio, an pacto permutari dos possit? Nimirum « ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit; si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam : idque probatum est ». *l.* 26. *ff.* 23. 3. *de jure dotium.* Modest. *lib.* 1. Reg.

« Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur ». *l.* 27. *ff. d. t. de jure dot.* Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Consonat Julianus : « Si mulier dotis causa promiserit certam summam, et pro ea mancipia in dotem dederit ea conditione, ut periculo ejus essent, et, si quid ex his natum esset, ad eam pertineret; stari pacto convento oportebit. Nam constat posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos, quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora, quum mulieri prodest ». *l.* 21. Jul. *lib.* 17. *dig.*

VII. Quum dos permutari possit, quatenus dotis conditio deterior non fit, ergo et pacisci poterunt vir et uxor fundum, qui æstimatus in dotem datus fuerat, esse inæstimatum.

Hinc Scævola : « Quum maritus, qui æstimata prædia in dotem acceperat, manente matrimonio pactus est, circumscribendæ mulieris gratia, ut prædia inæstimata essent, ut sine periculo suo ea deteriora faceret; quæsitum est an secundum priores dotales tabulas prædia æstimata remanerent, et periculum eorum ad maritum pertineret? Respondi, non idcirco id pactum, de quo quæreretur, impediri, quod in matrimonio factum esset; si deteriore loco dos

(1) Puta (ut ait Cujacius) propter sublevandas res adversas mariti.

(2) Delegante hunc debitorem muliere.

Il faut également remarquer que, « bien que durant le mariage, le mari et la femme ne puissent pas convenir de prolonger le terme où la dot doit être rendue ; cependant cette convention faite après le divorce doit être observée, s'il y en a de justes raisons (1) ».

V. De ce qu'il n'est pas permis de faire sur la dot d'une femme un pacte qui détériore sa condition, il s'ensuit ce que « Pomponius dit, et avec raison, que le mari ne peut pas faire un pacte par lequel il ne soit garant que de son dol, nonobstant la faculté qu'il a de convenir qu'il ne sera point garant du débiteur qui a promis la dot (2), et cela dans l'intérêt des deux époux. Suivant ce même jurisconsulte, on peut faire un pacte par lequel la dot demeure aux périls et risques de la femme, ou, au contraire, par lequel le mari prend sur lui les risques et périls de celle qui était à la charge de sa femme ».

VI. D'après ce qu'on vient de dire, il est facile de résoudre la question de savoir si une dot peut être échangée en vertu d'un pacte. « Nous disons qu'une dot peut être échangée en vertu d'un pacte, durant le mariage, si cet échange est utile à la femme, soit qu'on ait échangé une somme d'argent contre autre chose, ou autre chose contre une somme d'argent; pacte qui, en effet, a été admis et maintenu ».

« Après cet échange, le fonds de terre, ou la chose mise au lieu et place de la somme, deviennent dotaux ».

Ce que dit Julien s'accorde avec ce principe, savoir que, « si une femme ayant promis en dot une certaine somme, a donné au lieu et à la place de cette somme des esclaves, à condition que ces esclaves resteraient à ses risques et périls, et que les enfans qui en naîtraient lui appartiendraient. Cette convention doit être observée; car il est constant qu'un mari et une femme peuvent convenir que la dot en argent sera échangée contre d'autres effets, toutefois, lorsque cet échange est avantageux à la femme ».

VII. Puisqu'une dot peut être échangée tant que la condition de cette dot n'en est pas détériorée, un mari et une femme peuvent donc convenir entre eux que le fonds de terre donné en dot, évalué à une certaine somme, sera réputé non évalué.

C'est pourquoi Scævola dit : « Un mari qui avait reçu en dot des maisons estimées un certain prix, a fait une convention insidieuse avec sa femme, durant le mariage, par laquelle ces maisons demeureraient sans estimation, afin de pouvoir impunément les détériorer sans être passible du dommage. On demandait si ces maisons conserveraient leur estimation suivant les premières conventions dotales, et si le mari resterait garant de leur détérioration.

(1) Par exemple, comme dit Cujas, pour réparer les mauvaises affaires du mari.

(2) La femme déléguant ce débiteur.

non esset : nihilominus eo pacto admisso, si deteriora prædia faceret, eo etiam nomine dotis eum actione teneri ». *l.* 29. *lib.* 2. *resp.*

Ab hoc pacto ut vir fundum, qui ipsi æstimatus in dotem datus est, tanquam inæstimatum habeat, non videtur recedere mulier, dum consentit eum a marito vendi.

Hoc docet Javolenus. Ita ille : « Uxor viro fundum æstimatum centum in dotem dederat, deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut, divortio facto, eodem pretio uxori vir fundum restitueret. Postea, volente uxore, vir eum fundum ducentorum vendiderat (1), et divortium erat factum. Labeo putat viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta, vel fundum reddere ; neque ei pactum conventum remitti oportere. Idcirco puto hoc Labeonem respondisse ; quoniam voluntate mulieris fundus venuit : alioquin, omnimodo fundus erat restituendus ». *l.* 32. Javol. *lib.* 6. *ex posteriorib.* Labeon.

VIII. Quod hactenus dictum est, pacta illa non valere ex quibus mulier indotata esset, sic accipe, ut illa pacta non valeant, quibus jus mulieris minueretur circa dotem constitutam. Cæterum, illa pacta valent, quibus hoc agitur ut dos non constituatur, vel minus plene constituatur : liberum enim est dotare, necne.

Hinc, « si pater filiæ nomine certam pecuniam in dotem promiserat, et pactus est ne invitus eam solveret, nihil ab eo exigendum puto ; quia id quod pacto convento, ne invitus exigeretur, convenerit, in dotis causam esse non (2) videretur ». *d. l.* 32. §. 1.

§. II. *De pactis quæ naturam dotis subverterent ?*

IX. Secunda pactorum species, quæ circa dotem reprobantur, est eorum quæ dotis naturam subverterent.

Hinc, « et si convenerit ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensæ dotem ipso jure minuunt ». *l.* 5. §. 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Hinc quæritur : « si convenerit ut fructus in dotem converte-

(1) Lex Julia alienationes volente muliere factas non inhibebat. Hoc jus postea mutavit Justinianus ; ut videb. tit. seq.

(2) Sensus est (ni fallor) quia tali pacto magis videtur non constituisse dotem, quod ipsi liberum fuit, quam minuisse jus mulieris in dote ipsi constituta. Ergo nec vir constante matrimonio, nec mulier eo soluto, poterunt ab eo exigere dotem quam sic promisit ; quia ex tali promissione non est proprie constituta dos. Accursius aliter interpretatur.

J'ai répondu que le pacte survenu n'était pas nul, parce qu'il avait été fait durant le mariage, dans le cas où la dot n'aurait pas été détériorée; mais que dans le cas contraire, l'admission de ce pacte n'empêchait pas qu'il ne fût passible de l'action de la dot ».

La femme n'est pas censée rétracter le pacte par lequel le fonds de terre, d'abord donné en dot avec estimation, devait cesser d'être estimé, parce qu'elle consent à ce que son mari le vende.

Ainsi nous l'apprend Javolenus. « Une femme avait donné en dot à son mari un fonds de terre estimé cent pièces d'or. Elle avait ensuite fait avec lui un pacte par lequel son mari devait le lui restituer au même prix en cas de divorce. Le mari ayant vendu ce fonds de terre deux cents pièces d'or, du consentement de sa femme (1), ils firent divorce. Le mari a la faculté de rendre le fonds de terre, ou les deux cents pièces d'or à son choix; mais le pacte doit être maintenu. Suivant moi, Labéon a cru devoir répondre ainsi parce que le mari avait aliéné le fonds de terre du consentement de sa femme, car autrement il aurait dû rendre strictement le fonds de terre ».

VIII. Ce qui a été dit jusqu'ici, que les pactes en vertu desquels une femme resterait sans dot étaient nuls, doit s'entendre pareillement en ce sens que les pactes par lesquels le droit d'une femme sur sa dot serait même diminué, sont également nuls; mais ceux qui ont pour objet de ne point constituer de dot, ou de ne la pas constituer en entier, ne sont pas infirmés, parce qu'il est libre de donner une dot, ou de n'en pas donner.

C'est pourquoi, « si un père a promis une certaine somme en dot à sa fille; mais en se réservant le droit de ne pas donner cette dot s'il le jugeait à propos, suivant moi, on ne peut rien exiger de lui, parce qu'il est censé n'avoir point promis de dot, en en promettant une sous cette condition (2) ».

§. II. *Des pactes qui dénaturent la dot.*

IX. La seconde espèce de pactes dotaux qui sont prohibés comprend ceux qui tendraient à dénaturer la dot.

C'est pourquoi « le pacte par lequel il aurait été convenu de ne pas agir pour les dépenses nécessaires, ne doit pas être observé, parce que les dépenses nécessaires déterminent la diminution de la dot de plein droit ».

On demande à cet égard « si on peut validement convenir que

---

(1) La loi *Julia* ne défendait pas les aliénations consenties par la femme. Justinien changea ce droit, comme on le verra dans le titre suivant.

(2) Le sens est, si je ne me trompe, qu'un pareil pacte annonce moins la non constitution de la dot, lequel pacte était facultatif au père, que la diminution du droit de la femme sur la dot qui lui aurait été constituée. Ni le mari durant le mariage, ni la femme après sa dissolution, ne pourront donc exiger la dot ainsi promise, parce que la dot n'est pas constituée par une pareillle promesse. Accursius l'interprète autrement.

rentur, an valeat conventio? Et Marcellus ait, libro 8 Digestorum, conventionem non valere: prope enim indotatam (1) mulierem hoc pacto fieri. Sed ita distinguit, ut, si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum: idemque esse, et si usumfructum in dotem hoc pacto dedit. Quod si convenisset de fructibus reddendis, (hoc est, ut in dote essent fructus quosquos percepisset), et fundus vel ususfructus ita hoc traditus est, non ut fundus vel ususfructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum de dote actione fructus reddere. Erunt igitur in dote fructus, et fruetur iste usuris, quæ ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt. Ego utrubique (2) arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data: ut, si ob hoc ei majorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia quæ ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum: uti boni consuleret (3) tam uberem dotem consecutus. Et quid dicimus si tale pactum intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret; et mulier se suosque aleret tueretur ve, et universa onera sua expediret: quare non dicas conventionem valere? » *l.* 4. Ulpian. *lib.* 31. *ad Sab.*

X. « Si inter virum et uxorem convenit ut extremi anni matrimonii fructus rondum percepti mulieris lucro fiant, hujusmodi pactum valet ». *l.* 31. Scævola, *lib.* 3. Quæst.

XI. Quod attinet ad fructus qui ante nuptias percipiuntur, quum et citra pactum viri lucro non cedant, sed dotem augeant, absque dubio valet pactum ut vir eos non habeat. Hujusque pacti hæc vis est, ut minor dos constituatur, quam constitueretur si eos haberet.

Hinc Paulus: « Quæris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias,

---

(1) Non enim esset dos, cujus fructus sustinendis matrimonii oneribus non inservirent.

(2) Id est, non solum si in dote constituenda expressum sit, fructus quos ex fundo vir percipiat in dotem dari, non ipsum fundum; sed et si hoc non expresserit.

(3) Id est, ita ut debeat sibi *boni consulere.* (gallice *se savoir bon gré.*) Species est: sors dotis quadringenta annua parit, quum is sit maritus cui sufficere debeat dos cujus sors esset duntaxat trecentorum. Utique talis maritus, quamvis non sortem ipsam, quæ quadringinta annua parit, sed duntaxat hujus sortis usuras in dotem accipiat, debet sibi plaudere tanquam valde *uberem dotem consecutus.*

des fruits seront convertis en dot; or, suivant Marcellus, cette convention est nulle, parce qu'elle tend à détruire la dot de la femme (1); mais il distingue entre le cas où la femme aurait donné en dot un fonds de terre dont le mari devrait restituer les fruits, et dit que cette convention est nulle, comme celle par laquelle elle aurait donné à son mari un usufruit en dot, sous la même condition. Cependant s'il était convenu qu'on lui rendrait les fruits, c'est-à-dire, que tous les fruits qui seraient perçus entreraient dans sa dot, et qu'on n'eût pas donné un fonds de terre ou un usufruit en dot, mais seulement les fruits, le mari serait forcé de rendre ces mêmes fruits par l'action de la dot. Les fruits entreront donc dans la dot, et le mari jouira alors des intérêts retirés de ces mêmes fruits, et convertis en capital. Or, suivant moi, dans l'un et l'autre cas (2), il faut savoir quelle a été l'intention de celui qui a donné la dot; si donc on y a fait entrer les fruits pour former une dot plus considérable, le mari s'étant contenté des intérêts des revenus, la convention doit être maintenue, parce qu'elle ne détruit pas la dot. Supposons que les revenus perçus par celui qui, sans cette convention, n'ayant dû recevoir que trois cents pièces d'or, se fût su bon gré de s'en être tenu content (3), supposons, dis-je, qu'ils se trouvent être de quatre cents pièces d'or; que faut-il dire d'un pacte par lequel le mari aurait converti les fruits en dot, et la femme se serait chargée de ses dépenses et de celles de ses esclaves? Rien n'empêche de décider qu'un pareil pacte ne soit valide.

X. « S'il a été convenu entre le mari et la femme que les fruits pendans de la dernière année du mariage appartiendraient à la femme, un pareil pacte est valide ».

XI. Par rapport aux fruits perçus avant le mariage, comme, indépendamment de tout pacte, ils appartiennent à la femme et augmentent sa dot; il est hors de doute qu'on peut convenir que le mari ne les retiendra pas. Jusqu'ici l'effet du pacte est que la dot constituée est moindre que si elle comprenait les fruits.

C'est pourquoi Paul dit: « Vous demandez si l'on peut faire un

(1) Car il n'y aurait pas de dot, si les fruits ne devaient pas concourir à supporter les charges du mariage.

(2) C'est-à-dire, non-seulement si, dans la constitution de la dot, il a été expressément dit que les fruits du fonds de terre, perçus par le mari, formeraient la dot, et non le fonds de terre lui-même, mais encore quand on ne l'aurait pas dit.

(3) C'est-à-dire, de manière qu'il doive s'en savoir bon gré. Voici l'espèce: le principal de la dot produit annuellement quatre cents *écus d'or;* et comme le mari est tel qu'il doit se contenter de trois cents, quoiqu'il n'ait point reçu en dot une somme qui produise annuellement quatre cents *écus d'or*, il doit encore s'applaudir d'avoir eu en dot les intérêts qu'elle produit.

vel post nuptias, ut ex fundi fructibus quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum; eoque modo minorem dotem constitutam (1). Post nuptias vero, quum (2) onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur ut dimittat creditorem, et erit mera donatio (3) ». *l.* 28. Paul. *lib.* 5. Quæst.

§. III. *De pactis dotalibus quæ ad delinquendum invitarent, aut per quæ fraus legibus fieret.*

XII. Illa etiam conventionum species circa dotem merito reprobatur.

V. G. « illud convenire non potest, ne de moribus (4) agatur, vel plus vel minus exigatur; ne publica coercitio privata pactione tollatur ». *l.* 5. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

« *Ac* ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur: quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur; altero jus civile (5) impugnatur ». *d. l.* 5. §. 1.

Hoc ita, nisi interponantur demum post divortium. Nam « ob (6) res quoque donatas, vel amotas, vel impensas factas, tunc facta pactio valebit, id est, post divortium ». *l.* 20. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

ARTICULUS II.

Inter quas personas pacta circa dotem fieri debeant?

XIII. « Pacta quæ de reddenda dote fiunt, inter omnes fieri oportet, qui repetere dotem possunt, et a quibus repeti potest; ne ei, qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem pactum non prosit ». *l.* 1. §. 1. Javol. *lib.* 4. *ex Cassio.*

---

(1) Nam, si hoc pactum non intervenisset, fructus ante nuptias percepti auxissent dotem, fuissent in dote: ergo ex hoc pacto, tanto minor fit dos.

(2) Sensus est: quum fructus post nuptias ad onera matrimonii sustinenda marito acquirantur, maritus paciscendo ut ex his fructibus creditor mulieris dimittatur, paciscitur ut dimittatur de suo.

(3) Quæ constante matrimonio facta valere non potest. Vid. *lib. seq. t.* 1. *de donat. int. vir. et uxor.*

(4) De hac actione vid. infra *lib. seq. tit.* 2. *de divort.*

(5) Quo donationes inter virum et uxorem prohibentur.

(6) Græci legunt: *ob mores quoque, et ob res donatas, etc.*

pacte avant ou après le mariage, par lequel pacte les fruits du fonds dotal soient donnés en paiement aux créanciers de la femme. Je réponds que si la convention a été faite avant le mariage, elle doit valoir; mais qu'elle diminue d'autant la dot (1); et que si elle a été faite après le mariage, comme ces fruits devaient en supporter les charges (2), le mari est convenu de payer lui-même le créancier de sa femme, à laquelle il a fait ainsi une véritable donation (3) ».

§. III. *Des pactes dotaux qui invitent à faire une mauvaise action, ou à commettre une fraude contre les lois.*

XII. Cette espèce de convention sur la dot est aussi justement prohibée.

Par exemple, « il n'est pas permis de convenir qu'on exigera plus ou moins, si le mari accuse ou n'accuse pas sa femme de mauvaises mœurs (4), parce que la répression de l'immoralité ou de la dépravation ne doit pas être entravée par des conventions entre particuliers ».

« On ne doit pas non plus observer les pactes par lesquels le mari s'engage à ne pas actionner sa femme pour les choses données ou soustraites, parce que, par l'un de ces pactes, les femmes sont excitées ou stimulées au vol, et que l'autre est contraire au droit civil (5) ».

Il en est ainsi, à moins que ces pactes n'interviennent après le divorce. Car « les pactes faits sur (6) les choses données, sur les choses soustraites, ou sur les dépenses faites, peuvent validement intervenir après le divorce ».

ARTICLE II.

Entre quelles personnes les pactes sur la dot doivent être faits.

XIII. « Les pactes sur la restitution de la dot doivent être faits entre toutes les personnes qui peuvent la répéter, et celles contre qui on peut la répéter, afin qu'ils ne soient pas sans effet devant le juge qui en doit connaître, pour celui qui n'y est pas intervenu ».

---

(1) Car si ce pacte n'eût point eu lieu, les fruits perçus avant le mariage seraient entrés dans la dot, et l'auraient augmentée : la dot est donc diminuée d'autant par ce pacte.

(2) Le sens est que les fruits perçus depuis le mariage, étant acquis au mari pour supporter les charges du mariage, le mari, en consentant que le produit de leur vente servît à désintéresser un créancier de sa femme, a donc consenti à le payer de ses deniers.

(3) Qui ne peut valoir étant faite durant le mariage. Voy. le *liv. suivant* au titre qui traite *de la donation entre femme et mari.*

(4) Voy. sur cette action le *liv. suivant*, au titre *du divorce.*

(5) Qui prohibe les donations entre mari et femme.

(6) Les Grecs lisent *ob mores*, *etc.*

Hinc, « quum dos filiæ nomine datur, optimum est pactum conventum cum utroque generum facere : quanquam initio dotis dandæ, legem quam velit, etiam citra personam mulieris, is, qui dat, dicere possit. Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est : quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset : quo casu, si solus pater pactus esset sine filia (sive solus agat, sive adjuncta filiæ persona) ei soli nocebit et proderit pactum conventum. Nec (1) si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei ». *l.* 7. Pomp. *lib.* 15. *ad Sab.*

XIV. Igitur « quoties pater dotem dat, et stipulatur (2), ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur. Cæterum, si interposito tempore stipulari velit (3), nonnisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit; quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non potest, nisi consentiat (4). Plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo (ante nuptias tamen) et citra voluntatem quoque filiæ (5) stipulari ». *l.* 29. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Ulpian. *lib.* 3. disput.

Similiter Gordianus : « Quum a socero tuo pro uxore dos tibi daretur, si ea in stipulationem deducta non est sub tempore dationis, sed postea, socer tuus tecum paciscendo, si id non ex voluntate filiæ suæ fecit, conditionem ejus lædere non potuit. Quandoque enim solo (6) de dote experiens, id pactum non debere ad sui dispendium operari, de jure defendetur ». *l.* 7. *cod.* 5. 12. *de jure dotium.*

Hinc et regulam illam statuit Paulus . « Post nuptias pater non potest deteriorem causam filiæ facere ; quia nec reddi ei dos, invita filia, potest ». *l.* 28. *ff. hoc lib. tit. præced. de jur. dot lib.* 7. *ad Sab.*

Eadem obtinent quum extraneus dotem constituit : scilicet « si

(1) Rectior Haloandri lectio : *sed si.*

(2) *Dotem soluto matrimonio sibi reddi.*

(3) Quidlibet circa dotem.

(4) Imo, etsi consentiat, non valet ; ut vidimus art. præced. Solve : pactum quo hoc agitur ut deterior causa dotis fiat, non valet etiam consentiente muliere interpositum : at pactum quo ex eventu duntaxat jus mulieris lædi potest, non nocet quidem mulieri si non consenserit ; si consenserit, nocet. Exemplum pone in pactis quibus dos permutatur.

(5) Nam jus filiæ non quæritur, nisi nuptiis secutis.

(6) Utpote sui juris effecta. Mulier enim sui juris effecta, soluto matrimonio, sola dotem etiam profectitiam petere potest ; nisi pater qui eam dedit, ex continenti, aut saltem ante nuptias stipulatus sit eam soluto matrimonio sibi reddi.

C'est pourquoi, « lorsqu'on donne une dot au nom d'une fille, il importe que les conventions relatives à cette dot se fassent entre le gendre, la fille et celui qui dit constituer la dot, encore que ce dernier n'ait pas besoin de l'intervention de la fille pour faire les conditions qu'il juge à propos à l'égard de la dot. Mais dans les conventions qui suivent la donation de la dot les deux époux doivent nécessairement intervenir, parce qu'alors la dot étant déjà acquise à la femme, si le père les faisait sans sa fille, soit en son nom personnel, soit au nom de sa fille et au sien, elles ne préjudicieraient ou ne profiteraient qu'à lui seul, et que (1) si la fille les fait seule, elles ne pourraient ni lui nuire ni lui servir ».

XIV. Ainsi « toutes les fois qu'un père donne une dot, et en stipule la restitution (2), il ne se fait transmettre l'action de la dot qu'autant qu'il la stipule dans l'acte même de constitution; s'il voulait le faire après un certain tems (3), il faudrait que sa fille y intervînt, quand même elle serait sous sa puissance; car il ne peut sans son consentement détériorer la condition de la dot (4); mais s'il a donné la dot avant le mariage, il pourra, sans le consentement de sa fille (5), en stipuler la restitution quelques tems après, pourvu que ce soit encore avant le mariage ».

Gordien dit également : « Si lorsque votre beau-père vous a donné une dot pour sa fille, il n'en a pas stipulé en même tems la restitution et qu'il ait voulu la stipuler par convention avec vous sans le consentement de sa fille, il n'a pas pu le faire d'une manière qui détériorât sa condition; car quelquefois il arrive que si elle intente seule (6) l'action de la dot, le droit la protège contre un pacte qui lui porterait préjudice ».

C'est pourquoi Paul établit cette règle : « Un père ne peut pas détériorer la condition de sa fille après son mariage, parce que la dot de sa fille ne peut pas lui être restituée malgré elle ».

Il en est encore de même lorsque c'est un étranger qui a cons-

(1) Il vaut mieux lire comme Haloandre, *sed si*.

(2) Que la dot lui sera restituée après la dissolution du mariage.

(3) Quoique ce soit relativement à la dot.

(4) Et quand même elle consentirait, le pacte serait encore nul, comme on l'a vu dans l'article précédent; car tout pacte où il s'agit de détériorer la condition de la dot, est nul, bien qu'il soit consenti par la femme : mais le pacte qui ne lèse les droits de la femme que par événement, peut lui préjudicier si elle l'a consenti, quoiqu'il ne lui nuise pas dans l'hypothèse contraire. On en voit un exemple dans les pactes par lesquels la dot a été échangée.

(5) Car le droit de la fille n'existe qu'après son mariage.

(6) Comme ayant le libre exercice de ses droits et actions, parce qu'alors une femme peut seule répéter sa dot, même profectice, après la dissolution du mariage, à moins que son père n'ait stipulé, en la lui donnant, ou du moins avant le mariage, qu'elle lui serait rendue.

extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci, et ignorante muliere, sicut et stipulari, potest : legem enim suæ rei dicit. Postquam vero dederit, pacisci consentiente muliere debet ». *l.* 20. § 1. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

XV. Pactum ex intervallo post dotem constitutam, absente muliere interpositum, non potest quidem ei nocere; sed valere poterit, quatenus mulieris non interesset.

Hinc Papinianus : « Post dotem datam, et nuptias contractas, stipulatus est pater [sine (1)] filiæ voluntate, divortio facto dotem dari. Si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine (2) liberis decesserit, non erit impediendus (3) pater quominus ex stipulatu agat. Viva autem filia si agere vult, exceptione (4) summovendus erit ». *l.* 40. *ff.* 24. 3. *sol. matrim.* Papin. *lib.* 28. quæst.

XVI. Vidimus patrem frustra quid circa dotem profectitiam ex intervallo pacisci citra voluntatem filiæ, cujus interest pactum non servari. Vice versa : « Si vero filia sola pacta fuerit, quo pacto melior conditio patris fiat, proderit et patri : quoniam per filiam patri acquiri potest : per patrem filiæ non potest. Si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi quandoque filiæ agenti nocebit pactum : patri vero nullo modo nocebit, nisi adjecta quoque filiæ persona experiatur. Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse eo casu, quo, mortua ea in matrimonio, dos ad patrem reversura est ». *l.* 7. *v. fin.* Pomp. *lib.* 15. *ad Sab.*

Illud patet quod, « quoties patre furente, vel ab hostibus capto, filiusfamilias ducit uxorem, filiaque familias nubit, necessario etiam pactio cum ipsis duntaxat dotis nomine fieri potuit ». *l.* 8. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

---

(1) Hanc vocem *sine*, quæ in codice Florentino deest, textui restituendam esse probat Cujacius ex duobus locis Basilicon.

(2) Nam, si liberos reliquisset filia, non posset pater ex hac stipulatione solidam dotem repetere, quia, quintæ in singulos liberos retineri poterant.

(3) Sub eo prætextu quod sine filiæ voluntate stipulatus sit; quum jam nihil intersit filiæ quæ defuncta est.

(4) Hujus exceptionis formula refertur in Basil. *At si non* post *contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiæ.*

titué la dot. « Si c'est un étranger qui doit constituer la dot de ses deniers, il peut en stipuler la restitution, et faire tel pacte qu'il lui plaira à l'insu de sa femme, parce qu'alors il fait les conditions de sa propre affaire. Mais après la constitution de la dot, il ne peut plus faire de conventions sans qu'elle y consente ».

XV. Le pacte fait depuis la constitution de la dot en l'absence de la femme, ne peut pas à la vérité lui préjudicier; mais il peut valoir en ce qui n'intéresse pas la femme.

C'est pourquoi Papinien dit: « Un père a stipulé, sans le consentement de sa fille (1), depuis la constitution de la dot et le mariage, que la dot lui serait rendue après le divorce. Dans le cas de l'accomplissement de la condition de la stipulation, si la fille décède sans enfans (2), rien n'empêchera le père (3) d'agir en vertu de cette stipulation; mais du vivant de sa fille, il ne peut pas intenter l'action qui en dérive sans être repoussé par une exception (4) ».

XVI. Nous avons vu qu'un père ne peut pas faire de pacte sur la dot profectice après la constitution de cette dot, sans le consentement de sa fille, par rapport à ce qui l'intéresse. Réciproquement, « si la fille a fait seule quelque pacte avantageux pour son père, son père en profitera, parce qu'un père peut acquérir par sa fille, et qu'une fille ne peut pas acquérir par son père. Mais si cette fille a fait un pacte nuisible, il peut arriver que ce pacte lui préjudicie à elle-même sans qu'il préjudicie d'ailleurs à son père, à moins qu'il n'agisse, en vertu de ce pacte, conjointement avec elle. Il faut donc dire qu'une fille ne peut pas faire de pacte qui détériore la condition de son père, dans le cas où, après sa mort, durant le mariage, sa dot doit être restituée à son père ».

Il est certain que « toutes les fois qu'un fils ou une fille se marie, pendant la démence ou la captivité du père, les pactes sur la dot peuvent nécessairement être faits avec ce fils ou cette fille de famille seuls ».

---

(1) Cujas prouve, par deux endroits des Basiliques, qu'il faut restituer dans ce texte le mot *sine*, qui manque dans l'édition de Florence.

(2) Car si cette fille eût laissé des enfans, son père ne pourrait pas répéter toute sa dot en vertu de cette stipulation, parce que chacun des enfans pourrait en retenir la cinquième partie.

(3) Sous prétexte qu'il aurait stipulé sans le consentement de sa fille, puisqu'étant décédée elle n'a plus d'intérêt.

(4) La formule de cette exception est rapportée dans les Basiliques en ces termes : *parce que vous n'avez pas pu stipuler sans le consentement de votre fille après le mariage.*

ARTICULUS III.

De forma pactorum dotalium.

§. I. *Utrum pacto, an demum per stipulationem possit quis circa dotem sibi prospicere?*

XVII. Circa formam pactorum dotalium hac in re differt pater, qui dotem constituit, ab extraneo; quod quum extraneus in constituenda dote aliquid sibi paciscitur, necesse non est pactum in stipulationem deduci: secus, quum pater dotem constituit.

Hinc Maximianus: Avia tua eorum quæ pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium. Quippe matris pactum, actionem præscriptis verbis constituit: patris, dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare (1) ». *l.* 6. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

Et quod de avia dictum est, hoc idem rescribunt Severus et Antoninus de quolibet extraneo. Ita illi: « Legem quam dixisti, quum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi debet, quo dici solet, *ex pacto actionem non nasci.* Tunc enim hoc dicimus, quum pactum nudum est: alioquin, quum pecunia datur (2), et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio». *l.* 1. *cod.* 5. 14. *de pact. convent.*, *etc.*

§. II. *An et quomodo possit pactum in constituenda dote interpositum, alteri prodesse, quam ei qui constituit?*

XVIII. Hoc commune habent pacta dotalia cum omnibus pactis, ut utilia non sint, nisi quis de se, non de altero, promittat; et nisi quis sibi, non alteri, paciscatur.

Hinc Diocletianus et Maximianus rescribunt: « Si genero dotem dando pro filia pater communis, eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est; nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente jure (3), quærere potuit actionem ». *l.* 26. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

---

(1) Differentiæ ratio est quod, quum ad officium patris pertineat dotare filiam, non tam facile ei licere debet dotem filiæ præripere, et sibi recipere.

(2) Pecuniæ numeratio quæ intervenit, efficit ut pactum non sit nudum, sed transeat in contractum innominatum; ut vid. supra, *lib.* 2. *tit.* 14. *de pact. n.* 4 et 31.

(3) Ea scilicet juris regula, quæ non sinit aliquem alteri pacisci posse.

ARTICLE III.

De la forme des pactes dotaux.

§. I. *Si l'on peut pourvoir aux intérêts que l'on a par rapport à la dot, par un pacte, ou par une stipulation?*

XVII. Par rapport à la forme des pactes dotaux, le père et l'étranger qui ont constitué une dot diffèrent entre eux en ce que l'étranger, en constituant une dot, agit en quelque sorte pour lui, sans avoir besoin d'en stipuler la restitution, mais il n'en est pas ainsi du père.

C'est pourquoi Maximien dit : « Votre grand'mère qui a constitué une dot pour votre fille, a pu vous transmettre une action en vertu de sa convention, si vous avez été son héritier, encore bien qu'elle n'ait rien stipulé ; car il n'en est pas ainsi à cet égard des pactes d'un père et d'une mère. Le pacte d'une mère ne produit que l'action qui en résulte ; et un père n'est pas censé acquérir l'action de la dot profectice en vertu d'une simple convention (1) ».

Et ce que nous avons dit de la grand'mère, Sévère et Antonin ont, dans un rescrit, reproduit le même principe à l'égard de tout étranger. « Il faut observer les conditions que vous dites avoir faites, en donnant une dot pour votre nourrice, nonobstant ce qu'on a coutume de dire qu'un pacte ne produit point d'action ; ce qui s'entend seulement du cas où il y a un pacte nu, car la numération de deniers et la stipulation de restituer, produisent une action personnelle (2) ».

§. II. *Quand et comment le pacte intervenu dans la constitution d'une dot peut profiter à un autre que celui qui l'a constituée.*

XVIII. Les pactes dotaux ont cela de commun avec tous les autres, qu'ils ne sont utiles qu'à celui qui ayant fait une promesse en son nom, ne l'a point faite au nom d'un autre, et qui ayant aussi fait le pacte en son nom, ne l'a point fait à celui d'un autre ».

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Si le père commun, en donnant une dot à son gendre pour sa fille, a stipulé qu'elle vous serait rendue à vous étranger, comme ayant été par vous constituée, il n'a pu acquérir d'action pour lui-même, parce qu'il ne l'a pas voulu, ni pour vous, parce que le droit s'y oppose (3) ».

---

(1) La raison de cette différence est que le père étant chargé de doter sa fille, on ne doit pas facilement lui permettre de se faire restituer la dot qu'il a constituée.

(2) La numération de deniers qui est intervenue, fait que le pacte cesse d'être un pacte nu, et qu'il devient un contrat innommé, comme on l'a vu *liv.* 2, au titre *des pactes*, *n.* 4 et 31.

(3) C'est-à-dire, par cette règle de droit, qui défend de faire un pacte pour un autre.

Et iidem rursus : « Quum patrem pro filia dotem tibi dantem, si post mortem suam in matrimonio constituta rebus humanis eodem eximatur, partem dimidiam dotis Amniæ reddi, pactum proponas : post vero, testamento facto, cum aliis etiam Amniam heredem scripsisse, nec Amniam quidquam ex stipulatu petere velle sanxisse : si quidem hanc sibi reddi, secundum fidem pacti, stipulatam Amniam non probetur, ex alieno pacto non prorsus ei ulla competit actio. Si vero ex eâ verborum conceptione sibi Amnia quæsivit obligationem, ac tibi testatorem prospexisse probetur (1); contra eam ex stipulatu post eventum conditionis (2) petentem, quatenus accepit ex defuncti voluntate quæ fuit stipulata, exceptione (salvâ Falcidia) uti potes (3)». *l.* 19. *cod. d. t.*

Similiter Gordianus : « Pactum dotale, quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, ut, si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur; si stipulatio ex persona vestra, quum in potestate patris constituti non (4) essetis, minus legitima intercessit; defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quærere non potuit. Sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime (5) si adhuc vinculis potestatis patriæ non attingeris, petitionem exsequi non prohiberis ». *l.* 4. *cod.* 5. 14. *de pact. conventis, etc.*

XIX. Quamvis qui dotem constituit non possit quid circa eam utiliter alteri pacisci, tamen favorabiliter receptum est ut, si ipsi mulieri id pacisceretur, sustineretur pactum. Hoc docet Paulus in specie sequenti : « Gaius Seius, avus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris potestate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio-Titio marito dedit et (in) instrumento dotali, hujusmodi pactum et stipulationem complexus est : « Si inter Lucium-Titium » maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, » dos omnis Seiæ uxori, vel Gaio-Seio avo materno redderetur, » restitueretur que ». Quæro, quum Seius avus maternus statim vita defunctus sit, et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cujus potestate est; an, et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat? Et utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti »?

---

(1) Id est, tui contemplatione testatorem præcepisse ne Amnia a te dotem repeteret.

(2) Filia scilicet post mortem patris in matrimonio mortua.

(3) Hac nimirum exceptione, quod testor tibi per fideicommissum reliquisse videatur, ut illa a te non peteret.

(4) Igitur duo requirit ut ex hoc pacto liberis jus quæri potuerit; 1°. ut ipsi liberi id a patre fuerint stipulati; 2°. ut, quum stipulati sunt, non fuerint in postestate patris.

(5) Hæc vox *maxime*, abundat, et male irrepsit in textu. Vel accipienda est pro *ita demum*, ut Cujac. notat ad *h. l.*

Les mêmes Empereurs disent encore ailleurs : « Puisque vous dites que le père, en vous donnant une dot pour sa fille, a fait un pacte par lequel il a voulu que vous rendissiez la moitié de cette dot à Amnia, dans le cas où sa fille décéderait durant le mariage ; et qu'ensuite, par son testament, il a institué Amnia son héritière, avec d'autres personnes, en lui interdisant toute demande en vertu de cette stipulation : s'il n'est pas prouvé que vous deviez exécuter cette stipulation à son égard, elle ne peut pas avoir d'action en vertu du pacte d'un autre. Mais si, bien que Amnia ait une action en vertu de la stipulation, il est prouvé que le testateur a eu pour vous des intentions bienveillantes (1), dans le cas où elle agirait en vertu de la stipulation, après l'événement de la condition (2), vous pourrez, à raison de ce qu'elle a reçu (sauf la Falcidie), user contre elle de cette exception (3)».

Gordien dit également : « Vous dites que votre père et votre mère sont convenus que dans le cas où celle-ci mourrait durant le mariage, sa dot serait restituée à vous et à vos frères ; or, si la stipulation faite en son nom est nulle, parce que vous n'étiez pas sous la puissance de votre père (4), votre mère étant décédée dans le mariage, n'a pas pu vous acquérir une action ; mais si vous avez pu, en vertu d'une stipulation, demander sa dot, et surtout (5) si vous n'étiez plus sous la puissance de votre père, rien ne vous empêche de former cette demande ».

XIX. Bien que celui qui a constitué la dot ne puisse faire à l'égard de cette dot aucun pacte utile à un autre, il a été favorablement reçu de maintenir le pacte qui serait fait en faveur de la femme elle-même. Ainsi l'enseigne Paul dans l'espèce suivante : « Gaius-Seius, aïeul maternel de Seia sa petite-fille, qui était sous la puissance de son père, ayant donné une somme d'argent à titre de dot à Lucius-Titius, mari de Seia ; dans le contrat dotal, fut énoncé le pacte et la stipulation qui suivent : « S'il y a divorce » entre Titius-Lucius et Seia, sans qu'il y ait de la faute de Seia, » toute sa dot lui sera rendue à elle-même, ou à son oncle mater- » nel ». On demandait si après le décès de Seius, son aïeul maternel, Seia ayant fait divorce sans qu'il y eût de sa faute, et son père, sous la puissance duquel elle était existant encore, il y avait action en vertu du pacte et de la stipulation qui avait accompagné

(1) C'est-à-dire, que le testateur a ordonné, à votre considération, de ne point vous demander la dot.

(2) La fille étant décédée dans le mariage depuis la mort de son père.

(3) C'est-à-dire, de l'exception tirée de ce que le testateur est censé avoir ordonné par fidéicommis qu'elle ne vous demandât rien.

(4) Il demande donc, pour que les enfans puissent acquérir un droit par ce pacte, que les enfans l'aient stipulé envers leur père ; 2°. qu'à l'époque de cette stipulation ils ne fussent pas sous sa puissance.

(5) Ce mot *maxime* est surabondant, et s'est glissé mal-à-propos dans le texte, ou a été mis pour *ita demum*, comme l'observe Cujas sur cette loi.

stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri (1) : et ideo (2) Q. Mucium exceptione repellendum esse. Quod si donationis causa Seia stipulari permisisset; videri eum in eum casum qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum : et ideo fidei ejus committi potuisse (3) in eum casum, dicendum fore ». *l.* 11. *ff.* 33. 4. *de dot. præleg.* Paul. *lib.* 7. quæst.

Consonat quod alibi idem « Paulus respondit : Si mulier de suo dotem dedit, et adhibuit matrem quæ stipularetur, potuisse eam postea instrumentum dotale mutare (4) ». *l.* 72. §. *fin. ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 31. *ad Sab.*

XXII. Non videtur autem mulier mutasse voluntatem circa eum, quem ad stipulandum dotem adhibuit, ex eo solo quod res dotales legaverit, vel servis dotalibus libertatem reliquerit.

Hoc docet Scævola : « Mulier de dote, quam dedit, pacta est ut, si in matrimonio decessisset, fratri ejus redderetur; isque in eum casum stipulatus est. Mulier decedens quasdam res dotales marito legavit, et aliis, et quosdam ex servis dotalibus manumisit. Quæsitum est an maritus earum rerum nomine, quas legavit mulier, et servorum quos manumisit, fratri teneretur? Respondi, nihil proponi cur non teneretur (5), quum etiam heredes defunctæ tam legatariis, quam libertatibus obnoxii (6) sint ». *l.* 29. §. 2. Scævola, *lib.* 2. *resp.*

ARTICULUS IV.

De pactorum dotalium interpretatione.

XXIII. *Prima regula.* Circa interpretationem pactorum dota-

(1) Ut eis cedat actionem ex stipulatione adversus maritum mulieris, quam ex causa mandati habet; vel pecuniam quam ex illa actione consecuturus est.

(2) *Et ideo Q. Mucium*, quum sit debitor hereditati mulieris, potuisse a muliere gravari fideicommisso illo, *ne a marito peteret* (ut videb. infra ad *tit. de legatis*, *lib.* 30. *part.* 1. *art.* 6) : adeoque si petat, posse eum repelli a marito exceptione ex illo fideicommisso.

(3) Ne a marito mulieris peteret.

(4) Jubendo ut nihil a viro suo exigeretur. Nam, aut matrem adhibuit tanquam mandatariam duntaxat, quo casu potuit mandatum revocare : aut animum habuit ei mortis causa donandi, quo casu potuit eam gravare fideicommisso *ne a viro peteret.*

(5) Non videtur ergo mutasse voluntatem quam habuit donandi fratri.

(6) Tenebuntur igitur heredes defunctæ redimere res a fratre, ut eas legatariis præstent; et servos, ut ipsis libertatem dent.

ment. J'ai répondu que si Q. Mucius avait stipulé comme mandataire de Seia, et non pour faire une donation, il est tenu envers les héritiers de la femme (1), et que par conséquent (2), on avait exception pour le repousser; mais que si Seia lui avait permis de stipuler pour faire une donation, qu'alors Mucius étant censé être dans le cas de celui qui aurait stipulé à cause de mort, on pouvait donc dire que le fidéicommis avait pu lui être fait (3) ».

Ce qui s'accorde avec ce que, ailleurs, « Paul a répondu; savoir, que si une femme a donné elle-même quelque chose de sa dot, et a fait intervenir sa mère pour en stipuler la restitution, elle a pu après cet acte, changer le pacte dotal qui y était contenu (4) ».

XXII. Mais le changement de volonté d'une femme par rapport à celui qu'elle a fait intervenir pour stipuler la restitution de sa dot, ne peut s'induire de cela seul qu'elle a légué les objets de sa dot, ou donné la liberté à ses esclaves dotaux.

Ainsi l'enseigne Scævola : « Une femme a fait un pacte sur la dot qu'elle avait donnée, par lequel elle a voulu que cette dot fût restituée à son frère, si elle venait à décéder durant le mariage, et son frère a stipulé dans ce cas. La femme, en mourant, a légué quelques effets de sa dot à son mari et à d'autres; elle a également affranchi quelques-uns de ses esclaves dotaux. On a demandé si le mari était tenu envers le frère, à raison des choses que la femme avait léguées, et des esclaves qu'elle a affranchis. J'ai répondu que d'après l'exposé rien n'empêchait qu'il n'en fût tenu (5), puisque les héritiers de la défunte étaient obligés, tant envers les legataires qu'à l'égard des libertés données (6) ».

ARTICLE IV.

De l'interprétation des pactes dotaux.

XXIII. *Première règle.* Dans l'interprétation des pactes dotaux,

(1) De leur céder l'action de la stipulation qu'il avait contre le mari en vertu du mandat, ou la somme qu'il devait retirer en vertu de cette action.

(2) Comme débiteur envers la succession de la femme, on a pu lui ordonner par fidéicommis de ne rien demander au mari, comme on le verra dans la suite au titre *des legs*, *part.* 1, *sect.* 6; et par conséquent s'il demandait, le mari pourrait le repousser par l'exception de ce fidéicommis.

(3) De ne rien demander au mari de la femme.

(4) En lui ordonnant de ne rien exiger de son mari; car, ou la mère n'est intervenue que comme mandataire, et elle a pu révoquer son mandat; ou elle a eu dessein de lui faire une donation à cause de mort; et alors elle a pu lui ordonner par fidéicommis de ne rien demander à son mari.

(5) Elle n'est donc pas censée avoir rétracté l'intention qu'elle avait de donner à son frère.

(6) Les héritiers de la défunte seront donc tenus de racheter les choses de leurs frères pour les donner au légataire, ainsi que les esclaves, à l'effet de les affranchir.

lium hæc maxime est observanda regula : « *In ambiguis*, pro dotibus respondere melius est ». *l.* 70. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. et l.* 85. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Paul. *lib.* 6. *quæst.*

Hinc, « si convenerit ne a muliere, neve a patre dos petatur, heres non habebit exceptionem (1). Sed si convenerit ne manente matrimonio vivo patre petatur, mortuo patre, statim exigitur : et, si non petierit maritus, tenebitur hujus culpæ nomine, si dos exigi potuerit, nisi forte ante diremptum si matrimonium, quam facultatem petendi haberet ». *l.* 20. §. 2. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Similiter Ulpianus : Quum pater dotem pollicitus fuerit, et paciscatur ne se vivo petatur, neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum D. Severus constituit, quasi adjectum esset, *se vivo*. Hoc enim ita accipiendum esse comtemplatione paternæ pietatis, et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur : ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet; quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem existimetur. Quo rescripto hoc effectum est ut, si quidem vivo patre decesserit filia, aut sine culpa divorterit, omnimodo dos peti non possit; constante autem matrimonio, mortuo patre, peti possit ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

XXIV. *Altera regula.* In pactis quæ circa dotem fiunt, hæc quoque servanda est regula : *Quæ* in unum casum concepta sunt, ad alios casus trahi non debent, nec ad alias nuptias.

V. G. « pater, si filia nupta mortem obisset, dotem dari stipulatus est. Constante matrimonio capitali crimine damnatus (2) est : divortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio, stipulationis conditio deficit (3). Quod si mulier in matrimonio decesserit, ex stipulatu fisco dotis actio quæreretur. Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia; quoniam ad primas nuptias pertinet ». *l.* 26. §. 5. *lib.* 4. *resp.*

Casum mortis mulieris, ad casum divortii non trahi docet pariter Tryphoninus in specie sequenti : « Bæbius-Marcellus Bæbio-Maryllo, dotis filiæ suæ nomine, centena promiserat, et convene-

(1) Scilicet quamvis non expressum fuerit ne a muliere *sola*, vel ne a patre *solo* vir dotem sibi promissam petere posset ; tamen favore dotis interpretamur pactum esse personale, nec ad heredem transire.

(2) Et sic bona ejus, et jus hujus stipulationis, transiverunt ad fiscum.

(3) Quia collata est in casum quo morte mulieris solveretur matrimonium; nec ad alios casus debet trahi.

il faut surtout observer cette règle : « Dans le cas où il y a obscu-
» rité, le mieux est d'interpréter le pacte en faveur de la dot ».

C'est pourquoi, « s'il a été convenu que la dot ne sera demandée ni à elle, ni à son père, l'héritier n'aura point le secours de l'exception (1); mais s'il a été convenu qu'elle ne sera pas demandée du vivant du père, elle sera exigible du jour du décès du père, et si le mari, pouvant l'exiger, ne l'a pas fait, il sera passible de cette négligence, à moins que le mariage ne soit dissous avant qu'il pût l'exiger ».

Ulpien dit également : « Lorsqu'un père a promis une dot, et qu'il est intervenu un pacte par lequel elle ne pourrait pas lui être demandée de son vivant, ni durant le mariage, suivant une constitution de Sévère, ce pacte doit être interprété comme s'il eût seulement dit que la dot ne pourrait pas être exigée de *son vivant*, ce qui doit en effet s'entendre en ce sens, que les parties contractantes n'ont voulu, dans tout ce pacte, que faire un acte de piété filiale, pour ne pas séparer la dot des charges du mariage, car il serait absurbe de dire que la femme à qui on aurait promis une dot n'en aurait pas. Or, la jurisprudence de ce rescrit a admis que la fille mourant, ou divorçant du vivant de son père, la dot ne pouvait pas être exigée ; mais qu'elle pouvait l'être immédiatement après la mort du père, durant le mariage ».

XXIV. *Seconde règle.* Il faut pareillement observer cette règle dans l'interprétation des pactes dotaux : « Le pacte fait pour un
» cas ne peut pas être étendu à d'autres, ni à un autre mariage ».

Par exemple, un père à stipulé qu'on lui rendrait la dot de sa fille, si elle décédait durant le mariage. Il a été condamné pour un crime capital (2). Le mariage de sa fille a été dissous par la mort de son mari, ou par le divorce. Ces cas n'étaient pas prévus par la stipulation (3), et elle n'y était pas applicable. Si la femme était décédée dans le mariage, la stipulation donnerait l'action de la dot au fisc. Mais si, après avoir fait divorce, elle a renouvelé son mariage, la condition de la stipulation n'a pas lieu pour le fisc, encore qu'elle soit décédée dans ce second mariage, parce que cette stipulation avait été faite pour le premier ».

Tryphoninus nous apprend également dans l'espèce suivante, que le cas du décès de la femme ne comprend pas celui de son divorce. « Bæbius-Marcellus avait promis cent pièces d'or pour la

(1) C'est-à-dire, que bien qu'il ne soit pas dit expressément que le mari pourra demander la dot promise contre sa femme seule ou contre son père seul, cependant, en faveur de la dot, nous interprétons que le pacte est personnel, et ne passe point à l'héritier.

(2) Et par conséquent ses biens et le droit de cette stipulation ont passé au fisc.

(3) Parce qu'elle se rapporte au cas où le mariage serait dissous par la mort de la femme, et ne peut pas être étendue à d'autres.

rat inter eos ne ea dos constante matrimonio peteretur; vel, si post mortem patris, in matrimonio sine liberis filia decessisset, ut dimidia dos apud Maryllum remaneret, dimidia fratri mulieris restitueretur; eaque etiam in stipulationem deducta erant. Mortuo Marcello, filio et filia superstitibus, dote universa filiæ prælegata, Maryllus nata filia diverterat; et mulier decesserat, fratre suo et filia ex partibus æquis heredibus relictis. Apud Petronium-Magnum prætorem Maryllus ab herede filio Marcelli ex dotis promissione universam dotem petebat, illa conjectura, quasi inter duos placuisset, nullo filiorum extante, mortua muliere, partem dotis remanere apud maritum, magis (autem) conveuisset utique totam ejus dotem esse, si filium filiamve habuisset (1). Ex diverso respondebatur, pacti quidem vulgaris (2) exceptionem etiam heredi proficere: sed in specie quæ proponitur, non quasi heres mulieris ex persona defunctæ, se exceptione pacti tuebitur (3); sed ipse erat ille, qui etiam viva muliere, si ab eo dos peteretur, potuisset ea exceptione Maryllum (quia divortium factum erat) summovere (4); eamdemque defensionem etiam post mortem sororis suæ retinebat. Itaque placuit eum ab ea petitione absolvi: nulla, ex hac sententia, facta derogatione fideicommissi petitioni, quam jure hereditario per filiam heres uxoris Maryllus in parte dimidia habebat (5) ». *l.* 30. Tryphonin. *lib.* 10. *disput.*

---

(1) Sic argumentabatur maritus: frequens est conventio, ut in gratiam liberorum ex matrimonio susceptorum dos mortua muliere cedat lucro mariti. In præsenti specie convenit ut, etsi sine liberis decederet, lucro mariti cederet. Ergo mens paciscentium fuit ut a fortiori cederet, quum liberi ex matrimonio suscepti essent.

(2) Cujacius putat hic intelligi pactum, ut, si mulier in matrimonio sine liberis decederet, dos apud virum remaneret. Pactum illud, *vulgare* appellat jurisconsultus, quia frequens est. Ait autem, *heredi proficere;* scilicet quia heres potest ex hoc pacto pro se argumentari adversus maritum. Et quidem sic argumentabitur: hoc pactum conceptum est in casum quo in matrimonio mulier decederet; hic casus non extitit, si quidem divortium factum est: ergo frustra Maryllus hoc pacto nititur ut dotem petat, quum contra ipsi adversetur.

(3) Filius Marcelli idemque frater mulieris hac exceptione petita ex interpretatione hujus pacti se defendet, si conveniatur ut heres Marcelli; quemadmodum et se defendisset, etiamsi viva muliere conventus fuisset. Se autem (inquam) ita defendet, si conveniatur ut heres Marcelli, non si conveniatur *ex persona defunctæ*, id est, *quasi heres* sororis suæ: nam alia in promptu defensio esset, quod mulier nec promisit dotem, nec promissori heres fuit.

(4) Scilicet quum divortio secuto dos jam ipsum non spectet, nec ipsi prosit stipulatio qua illam apud se remanere stipulatus est, *si in matrimonio uxor sine liberis decessisset;* quum conditio defecerit, et non in matrimonio decesserit.

(5) Uxor enim Marylli, filiam Marylli ex dimidia heredem instituerat,

dot de sa fille à Bæbius-Maryllus. Il avait été convenu entre eux que cette dot ne serait pas éxigée durant le mariage, et que si la fille décédait après son père, pendant le mariage et sans enfans, la moitié de cette dot resterait à Maryllus, et que l'autre moitié serait rendue au frère de la femme. Ces conventions avaient même été portées par stipulation dans la promesse. Marcellus étant décédé, son fils et sa fille lui survivant, et la dot ayant été léguée en entier à la fille, Maryllus avait fait divorce après la naissance d'une fille, et sa femme était morte en laissant pour héritiers son frère et sa fille, par portions égales. Maryllus demandait devant le préteur Petronius-Magnus, toute la dot, en vertu de la promesse, contre le fils et héritier de Marcellus, fondé sur ce que s'il avait été convenu que sa femme mourant sans laisser de fils, la moitié de sa dot lui appartiendrait; conséquemment toute la dot devait lui appartenir dans le cas où il aurait un fils ou une fille (1). On répondait, au contraire, qu'à la vérité l'exception du pacte vulgaire (2) profiterait à l'héritier; mais que, dans l'espèce proposée, il ne pouvait user de cette exception comme héritier de sa sœur (3); que si la dot lui eût été demandée, il aurait pu repousser Maryllus par cette exception (4), à raison du divorce, et qu'il conservait cette même exception après la mort de sa sœur. C'est pourquoi on a décidé qu'il devait être renvoyé de cette demande, sans aucune dérogation à celle du fidéicommis que Maryllus, héritier de sa femme, pouvait réclamer pour moitié, par sa fille (5) ».

---

(1) Le mari argumentait ainsi : on convient souvent qu'en faveur des enfans du mariage, la dot, à la mort de la femme, sera lucrativement acquise au mari. Dans l'espèce suivante, il est convenu qu'elle lui serait acquise quand même la femme serait décédée sans enfans. L'intention des parties a donc été à plus forte raison qu'elle lui serait acquise, s'il restait des enfans de son mariage.

(2) Cujas pense qu'il s'agit dans cette espèce du pacte par lequel le mari conservait la dot, si la femme décédait dans le mariage et sans enfans. Il appelle ce pacte *un pacte vulgaire*, parce qu'il est très-ordinaire : mais il dit qu'il profite à l'héritier, c'est-à-dire, que l'héritier peut en argumenter contre le mari : et à la vérité il peut dire : ce pacte a été fait pour le cas où la femme décéderait dans le mariage. Ce cas n'est point arrivé, puisqu'il y a eu divorce : donc, Maryllus s'autorise inutilement de ce pacte pour demander la dot, puisqu'il est contraire à cette demande.

(3) Le fils de Marcellus, frère de la femme, pourra se prévaloir de cette exception tirée de l'interprétation de ce pacte, s'il est actionné comme héritier de Marcellus, ainsi qu'il se serait défendu s'il eût été actionné du vivant de la femme, c'est-à-dire, s'il est actionné comme héritier de Marcellus, mais non s'il l'est au nom de la défunte, c'est-à-dire, comme héritier de sa sœur, parce qu'il a un autre moyen de défense, résultant de ce que la femme n'a point promis de dot, et qu'il n'est point héritier de celui qui l'a promise.

(4) C'est-à-dire, que comme la dot ne le concerne pas après le divorce, et qu'il ne peut pas profiter de la stipulation par laquelle elle devait lui rester si sa femme décédait dans le mariage sans enfans, puisqu'elle n'est pas décédée dans le mariage.

(5) Car la femme de Maryllus a institué la fille de Maryllus pour moitié,

Quod si in fraudem ejus qui dotem quam pro muliere dederat, sibi in casum mortis mulieris reddi pactus esset, factum divortium intervenisset; ea res ei non noceret quominus dotem repetere posset: ut rescribunt Dioclet. et Maxim. in *l.* 3. *cod.* 5. 17. *de repud.*

XXV. Vidimus pacta in casum soluti morte mulieris matrimonii collata, non trahi ad casum veri divortii. Vice versa, « pacta conventa, quæ in divortii tempus collata sunt, non facto divortio locum non habent ». *l.* 3. Paul. *lib.* 3. *ad Sab.*

Igitur, « si quum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium, vel in mortem, dicendum est, in eum casum in quem non pepigit, esse mulieri actionem ». *l.* 22. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

XXVI. Quod si indefinite in casum soluti matrimonii pactum est, omnes casus quibus matrimonium solvi potest, pacto contineri definitum est. Ita « Paulus ex libris sex, lib. 1. imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum: Quum quærebatur an verbum *soluto matrimonio dotum reddi*, non tantum divortium sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentiant? Et multi putabant hoc sensisse; et quibusdam aliis contra videbatur. Secundum hoc motus imperator pronunciavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum ». *l.* 240. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.*

Idem ait: « Si quis sic stipuletur a marito: *Si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis?* Hac generali commemoratione, et ab hostibus capta ea, committetur stipulatio; vel etiam si deportata (1) fuerit, vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur.

« Plane (2) quantum veniat in stipulatione? utrum quasi mortua sit, an quasi divortium fecerit? Humanius quis id competere dixerit; quod propter mortem convenit (3) ». *l.* 56. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Paul. *lib.* 6. *ad Plaut.*

---

hereditatemque filia Marylli pro hac dimidia patri suo quæsiverat, jure potestatis; in qua hereditate invenitur fideicommissum dotis quam Marcellus filiæ suæ reliquerat.

(1) Nec retinuerint animum perseverandi in matrimonio. Nam si hunc retineant, deportatione non solvitur matrimonium; ut videb. infra, *lib.* 24. *tit.* 2. *de divort.*

(2) Jam finge pacto generaliter (ut modo relatum est) concepto adjectam esse hanc clausulam: *et quidem si divortio nupta esse desierit, totam reddes; si morte, dimidiam.*

(3) Casus servitutis et deportationis, magis accedit ad casum mortis quam ad casum divortii.

Si un divorce a été combiné et fait en fraude de celui qui, ayant donné une dot pour une femme, a fait un pacte par lequel elle lui serait rendue à la mort de cette femme, l'incident de ce divorce ne l'empêchera pas de la répéter, suivant un rescrit de Dioclétien et de Maximien; voy. *l.* 3. *au cod. sur les répudiations.*

XXV. Nous avons vu que les pactes faits pour le cas du mariage dissous par la mort de la femme, ne s'étendaient pas à celui d'un véritable divorce. Réciproquement, « les pactes faits pour les cas de divorce n'ont d'effet que dans le cas de divorce ».

C'est pourquoi, « si un père ou un étranger, donnant une dot pour une femme, ont fait un pacte pour le cas seul du divorce, ou pour le cas seul du décès, il faut dire que la femme a action dans le cas pour lequel le pacte n'a pas été fait ».

XXVI. « Si on a fait un pacte pour le cas de la dissolution de mariage en général, il a été décidé que ce pacte s'appliquerait à tous les cas où le mariage se trouverait dissous. Ainsi le rapporte « Paul, dans le premier de ses six livres des sentences impériales prononcées dans le conseil. On demandait si ces mots, *que la dot serait rendue après la dissolution du mariage*, contenaient non-seulement le cas du divorce, mais encore celui de la mort, c'est-à-dire, si telle était l'intention des contractans. Suivant plusieurs jurisconsultes, telle était leur intention, quelques-uns pensaient le contraire. L'empereur décida que, par ce pacte, on était censé vouloir que la dot ne pût dans aucun cas rester au mari ».

Le même Paul dit aussi : « Si un individu a stipulé en ces termes : vous rendrez la dot dans le cas où Titia cessera d'être votre femme. Cette stipulation générale aura son effet si Titia a été prise par les ennemis, si elle a été déportée (1), ou si elle a été faite esclave, parce que cette énonciation renferme tous les cas ».

« Mais (2) quel est l'effet de cette stipulation? est-elle toujours relative au cas de mort, ou au cas de divorce? Le plus sûr est de dire qu'elle a rapport au cas de mort (3) ».

---

et celle-ci avait acquis pour son père cette moitié de la succession de la femme de Maryllus, en vertu de la puissance paternelle; dans laquelle succession se trouve un fidéicommis de la dot que Marcellus avait laissée à sa fille.

(1) Et qu'ils n'aient pas persévéré dans l'intention de persister dans leur mariage; car s'ils y ont persévéré, le mariage n'est point dissous par la déportation, comme on le verra *liv.* 24, au titre *du divorce.*

(2) Il faut supposer que, comme on l'a déjà dit, on a ajouté à ce pacte général la clause de rendre toute la dot dans le cas où il y aurait divorce, et la moitié, si le mariage était dissous par la mort.

(3) Le cas de la servitude et de la déportation se rapporte bien plus à celui de la mort qu'à celui du divorce.

ARTICULUS V.

De quibusdam singularibus pactorum dotalium speciebus.

§. I. *De pacto lucrandæ dotis.*

XXVII. Vulgare est pactum quo vir paciscitur ut, soluto morte mulieris matrimonio, dotem aut partem dotis retineat; quæ alioquin, quum profectitia est, patri restituenda est.

Hoc pactum solet fieri in casum quo liberi ex matrimonio susceptí fuerint. Hæc tamen conditio non suppletur. Hinc, « si pater dotem dederit, et pactus sit ut, mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret, puto pactum servandum, etiamsi liberi non interveniant ». *l.* 12. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Circa hanc autem susceptionis liberorum conditionem, quum huic pacto adjicitur, observandum est 1°. quod « si inter virum et uxorem pactum est, ut certa pars dotis, vel tota ob unum vel plures liberos intervenientes retineatur, etiam eorum liberorum nomine, qui ante nati sunt quam dos daretur, aut ampliaretur, conventio rata est. Nam sufficit eos ex eo matrimonio nasci, in quo dos data est ». *l.* 24. Florent. *lib.* 3. *instit.*

Observandum 2°. quod « si dotali instrumento ita stipulatio interposita sit, ut *liberorum domine* dos apud maritum resideat, nepotum quoque nomine dos retinebitur ». *l.* 48. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Callist. *lib.* 2. *quæst.*

XXVIII. Hoc pactum etiam per consequentias inducitur. Enimvero, « quum inter patrem et generum convenit, ut in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta, dos retineatur ». *l.* 26. §. 2. Papin. *lib.* 4. *resp.*

Imo additamentum dotis sub iisdem pactis constitutum videtur, sub quibus constitutum est quod ab initio in dotem datum est, nisi expresse aliter convenit. Hoc est quod statim subjicit Papinianus: Nec separabitur portio dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conveniat ». *d.* §. 2.

§. II. *De pacto reddendæ dotis.*

XXIX. Quum dos adventitia est, quam jure communi vir soluto morte mulieris matrimonio lucratur, paciscitur interdum mulier dotem soluto matrimonio sibi reddi. Cujus conventionis effectus est, ut, ea in matrimonio defuncta, non cedat dos lucro viri, sed heredibus mulieris reddi debeat (1).

---

(1) Jure Justinianeo, quo jam dos lucro viri non cedit (ut vid. *lib. seq. tit.* 3. *solut. matrim.*), hoc pactum supervacaneum est.

ARTICLE V.

De quelques espèces particulières de pactes dotaux.

§. I. *Du pacte relatif au gain de la dot.*

XXVII. Le pacte vulgaire est un pacte en vertu duquel le mari, dans le cas où le mariage sera dissous par la mort de la femme, retient la dot ou une partie de la dot, qui autrement doit être rendue au père si elle est profectice.

Ce pacte suppose ordinairement le cas où il y aurait des enfans du mariage; mais cette condition ne se supplée cependant pas. C'est pourquoi, « si un père a donné une dot, et est convenu que cette dot demeurerait au mari, dans le cas où sa fille décéderait durant le mariage, suivant moi, cette convention doit être observée, encore qu'il n'y ait point eu d'enfans ».

Il faut observer, sur la condition d'existence actuelle, ou de la naissance future des enfans, lorsqu'elle est exprimée dans le pacte, 1°. que « s'il a été convenu entre le mari et la femme que le mari retiendrait la dot, ou une partie de la dot, s'ils avaient un ou plusieurs enfans, cette convention est ratifiée, quand même la dot aurait été donnée ou augmentée après la naissance des enfans, parce qu'il suffit qu'ils soient nés du mariage en vue duquel la dot a été donnée ».

Il faut observer, 2°. que « si le contrat dotal porte que la dot restera au mari, s'il y a des enfans, il la conservera au nom de ses petits-fils ».

XXVIII. Ce pacte a été introduit comme conséquence de ce qu'on a dit. En effet, « lorsqu'il a été convenu entre le père et le gendre, que la femme venant à mourir sans enfans, la dot serait restituée à son père, les contractans sont censés avoir voulu dire que le mari retiendrait la dot s'il avait des enfans à la mort de sa femme ».

Et même une augmentation de dot est censée constituée sous les mêmes conditions que la dot, à moins qu'il n'y ait pacte expressément contraire. C'est ce qu'ajoute immédiatement Papinien : « On ne distinguera pas ce qui a été donné en augmentation de dot, à moins qu'il n'en ait été ainsi convenu ».

§. II. *Du pacte par lequel la dot doit être rendue.*

XXIX. Lorsque la dot est une dot adventice, que le mari gagne, suivant le droit commun, après la dissolution du mariage par la mort de la femme, celle-ci stipule quelquefois qu'elle lui sera restituée après la dissolution du mariage. L'effet de ce pacte est que la femme décédant dans le mariage, la dot n'est point acquise au mari, mais restituable à ses héritiers (1).

(1) Ce pacte est inutile suivant le droit de Justinien, par lequel le mari ne gagne point la dot, comme on le verra dans le livre suivant, au titre *de la dissolution du mariage.*

Interdum etiam qui pro muliere dotem dedit, de ea sibi reddenda paciscitur: quo casu, ipsi stipulatori, non mulieri reddi debet.

Unde, « si quis pro muliere dotem dederit, convenerit que ut quoquomodo dirempto matrimonio, ipsi solveretur, postea maritus uxori dotem solverit; rectissime dicetur, exactionem nihilominus ei, qui dedit, contra maritum competere ». *l.* 29. §. 1. *ff.* 24. 3. *sol. matrim.* Ulp. *lib.* 3. *disp.*

XXX. Circa hanc conventionem reddendæ dotis, observa quod rescribit Gordianus: « Etiamsi non dotem reddi sibi mater, sed ea quæ in dotem data sunt, ut eam sequerentur vel ad se pertinerent, in matrimonio defuncta filia, stipulata sit; durante matrimonio filia decedente, actionem ex stipulatu videri quæsitam, æquissimum esse judicamus: cui consequens est, ut etiam id quod additamenti causa in dotem datum est, eadem actione repetatur ». *l.* 8. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

Observandum superest id « quod de reddenda dote, si data fuisset, mortua in matrimonio filia, convenit, idem de non petenda quoque videri convenisse (1): ac patrem pacti conveni exceptionem nanctum, ad heredem suum transmisisse ». *l.* 25. Ulp. *lib.* 1. *resp.*

§. III. *De pactis circa fundum æstimatum in dotem datum interpositis.*

XXXI. « Si fundo æstimato in dotem dato pacta sit mulier, ut, quanto pluris vænierit, id in dote sit, Mela ait id servandum: quum et ex contrario conveniri possit, ut si minoris vænierit, ipsa debeat ». *l.* 12. §. 3. Paul. *lib.* 35. *ad. ed.*

« Si pacta sit mulier ut, sive pluris, sive minoris fundus æstimatus vænierit, prætium, quanto res vænierit, in dote sit; stari eo pacto oportet: sed si culpa mariti, minoris vænierit, et id ipsum mulierem consequi ». *d. l.* 12. §. 4.

« Item, si non vænierit, æstimatio præstari debebit ». *l.* 13. Jul. *lib.* 17. *dig.*

TITULUS V.

De fundo dotali.

I. « LEGE Julia de *adulteriis* (2) cavetur ne dotale prædium maritus invita muliere alienet ». Paul *sent. lib.* 2. *t.* 21 §. 2.

(1) Si nondum soluta esset.

(2) Hanc esse legem Juliam *de adulteriis*, non solum hic disertus textus probat, sed etiam inscriptiones legum 2, 6, 12, 13 et 14. *h. tit.* ut mirum sit Jac. Gothofredum censere hanc legem non esse Juliam *de adulteriis*, sed Juliam *de maritandis ordinibus*. Ut ut sit, hoc parvi interest.

Quelquefois aussi celui qui a donné la dot pour la femme, stipule qu'elle lui sera rendue; et alors c'est à lui, et non à la femme, qu'elle doit être restituée.

C'est pourquoi, « si un individu a donné une dot pour la femme, sous la convention qu'elle lui serait rendue de quelque manière que le mariage fût dissous, qu'ensuite le mari l'ait restituée à la femme, on n'en sera pas moins fondé à dire que celui qui l'a donnée, pourra encore la répéter contre le mari ».

XXX. Par rapport à cette convention de rendre la dot, observez ce que dit Gordien dans un rescrit. « Bien que la mère n'ait pas stipulé que la dot lui serait rendue, mais que les choses données en dot la suivraient et lui appartiendraient si sa fille venait à mourir durant le mariage, nous croyons juste que, le cas arrivant, elle ait l'action de la stipulation; d'où on conclut qu'elle peut répéter par la même action ce qui aurait été donné par augmentation de dot ».

Il reste à remarquer que « ce qui a été convenu sur la restitution de la dot dans le cas où elle serait payée, la femme venant à mourir durant le mariage, est aussi censé convenu par le pacte de la non-restitution (1), et que le père ayant acquis l'action du pacte, la transmet à son héritier ».

§. III. *Des pactes relatifs aux fonds de terre donnés en dot avec estimation.*

XXXI. « Si une femme qui a donné un fonds de terre en dot avec estimation, a stipulé que s'il était vendu plus qu'elle ne l'avait estimé, sa dot augmenterait d'autant; suivant Méla, ce pacte doit être observé, comme celui par lequel elle serait convenue que sa dot serait susceptible de diminution dans le cas contraire ».

« Si cette femme était convenue qu'à quel prix qu'il fût vendu, le prix de la vente formerait sa dot, ce pacte serait pareillement maintenu; mais si le mari l'avait mal vendu par sa faute, il serait tenu d'en indemniser sa femme ».

« Et s'il ne l'avait point aliéné, de restituer alors le prix de l'estimation faite par sa femme ».

TITRE V.

Du fonds dotal.

I. « La loi *Julia* sur les adultères (2), défend au mari de vendre le fonds dotal sans le consentement de sa femme ».

---

(1) Si elle n'était pas encore payée.

(2) Non-seulement ce texte, mais encore les inscriptions des lois 2, 6, 12, 13 et 14 de ce titre, prouvent si clairement que cette loi est la loi *Julia sur les adultères*, qu'il est bien étonnant que J. Godefroy ait voulu que ce fût la loi *Julia de maritandis ordinibus*. Quoiqu'il en soit, cela est fort indifférent.

Hoc legis Juliæ caput confirmavit et ampliavit Justinianus.

Circa hanc materiam tria potissimum quærenda sunt : 1°. cujus rei alienatio lege Julia et constitutione Justiniani prohibeatur; 2°. quæ alienatio prohibeatur; 3°. quibus casibus.

ARTICULUS I.

Cujus rei alienatio ex lege Julia et ex constitutione Justiniani prohibeatur?

II. Lex Julia dotalis prædii alienationem prohibet. « Dotale prædium accipere debemus, tam urbanum, quam rusticum. Ad omne enim ædificium lex Julia pertinebit ». *l.* 13. Ulp. *lib.* 5. *de adulteriis.*

Et quidem, « prædii appellatione, etiam pars continetur. Proinde, sive totum prædium in dotem sit datum, sive pars prædii, alienari non poterit; et hoc jure utimur ». *d. l.* 13. §. 1.

Cæterum, Italica duntaxat prædia lex Julia complectebatur. Justinianus autem hujus legis prohibitionem et ad provinciala porrexit. *l. un.* §. 15. *de rei uxor. act.*

III. Observandum hujus demum prædii dotalis alienationem prohiberi, quod vir in specie reddere mulieri cogi potest.

Hinc Africanus : « Quod si fundus in dotem æstimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse; quod si arbitrio mariti sit, contra esse ». *l.* 11. *lib.* 8. *quæst.*

Consonat quod rescribunt Severus et Antoninus : « Si æstimata prædia in dotem data sunt, et convenit ut electio mulieri servetur, nihilominus lex Julia locum habet. *Est autem alienatio, omnis actus per quem dominium transfertur* ». *l.* 1. *cod. h. t.* 5. 23.

IV. Jam videndum quis fundus dicatur dotalis. Non solum si ipsa mulier, sed et « si mulieris nomine quis fundum in dotem dederit, dotalis fundus erit : propter uxorem enim videtur is fundus ad maritum pervenisse ». *l.* 14. §. 1. Paul. *lib.* 3. *de adulter.*

Item, « si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit, vel etiam substituto viro, omiserit hereditatem, vel legatum, erit fundus dotalis ». *d. l.* 14. §. *fin.*

Item Africanus ait : « Si marito debitori fundi id quod debet doti mulier promiserit; dotalem fundum effici ». *l.* 9. *lib.* 8. *quæst.*

In eadem autem specie qua mulier viro promittit hoc quod ipse debet, docet idem Africanus interdum in pendenti esse, an

Justinien a confirmé et étendu ce chef de la loi *Julia*.

Nous examinerons sur cette matière principalement, 1°. de quelle chose l'aliénation est interdite par la loi *Julia* et la constitution de Justinien; 2°. quelle espèce d'aliénation est interdite; 3°. et dans quels cas.

ARTICLE I.

L'aliénation est interdite par la loi Julia, *et par la constitution de Justinien.*

II. La loi *Julia* prohibe l'aliénation du fonds dotal. « Par *le fonds dotal*, nous devons entendre les héritages tant urbains que ruraux, c'est-à-dire les maisons tant de ville que de campagne; car la loi *Julia* s'étend à toute espèce d'édifices ».

Et même « la dénomination d'*héritage* ou de *maison* comprend pareillement une partie de maison; et par conséquent, soit qu'il ait été donné une maison entière ou une partie de maison en dot, elle ne pourra pas être aliénée; et tel est notre droit ».

Au reste, la loi *Julia* ne comprenait que les maisons situées en Italie; mais Justinien a étendu les dispositions prohibitives de cette loi, même aux provinces ».

III. Il faut remarquer que cette défense d'aliéner le fonds dotal, n'a lieu que dans le cas où le mari est forcé de le rendre à sa femme.

C'est pourquoi Africanus dit : « Si l'on a donné en dot un fonds de terre estimé, en laissant le choix à la femme de reprendre l'estimation ou le fonds de terre, le mari ne peut pas l'aliéner; mais si le choix a été laissé au mari, l'aliénation ne lui en sera point interdite ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit un rescrit de Sévère et d'Antonin : « Si l'on a donné en dot des héritages urbains ou maisons de ville estimés, en laissant le choix à la femme de répéter ces maisons ou le prix de ces maisons, la loi *Julia* n'en sera pas moins applicable, parce que tout acte par lequel on transmet la propriété, est une aliénation ».

IV. Voyons maintenant quel fonds est censé dotal. Non-seulement si la femme elle-même, mais encore « si un individu a donné en dot un fonds de terre au nom de la femme, ce fonds de terre sera dotal, parce qu'il aura passé au mari à cause de sa femme ».

Et « si une femme a renoncé à un fonds de terre qui lui était légué pour augmentation de dot, ou à la succession elle-même, son mari lui étant substitué, ce qui en reviendra au mari sera réputé fonds dotal ».

Africanus dit pareillement : » Si une femme a promis à son mari de lui donner en dot ce qu'il lui devait, et qu'il lui dût un fonds de terre, ce fonds de terre devient un fonds dotal ».

Mais dans l'espèce où une femme promet en dot à son mari ce qu'il lui doit, suivant le même Africanus il y a quelquefois incer-

fundus in dotem constitutus sit, adeoque an sit dotalis : V. G. « Quod si ei promittat qui fundum aut decem debuit, in arbitrio esse mariti quid in dote sit ». *d. l.* 9. §. 1.

« Quod si Stichum aut fundum debuit maritus, et quod debet, doti ei promissum sit; Sticho mortuo, fundum in dotem esse (1) ». *d. l.* 9. §. 2.

« His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti, id quod debet doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit, hunc dotis esse. Plane utrum velit alienaturum; alterum alienari non posse. Si tamen alienatum rursus redimat, adhuc in ejus potestate est, an eum, quem retinuisset, alienari velit ». *d. l.* 9. §. 3.

« Erit ergo potestas legis ambulatoria; quia dotalis fuit obligatio. Numquid ergo, etiam illo nondum redempto, alterum quoque alienare possit; quia potest alterum redimere? An hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? Certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto ». *l.* 10. Paul. *lib.* 5. *quæst.*

V. Hactenus de fundo qui in dotem constitutus est. Idem dicendum de illo qui in causa rei dotalis est. Causa autem rei alicujus dicitur, quidquid per illam rem nobis acquiritur (2).

Igitur V. G. « fundus dotali servo legatus, ad legem Juliam pertinet quasi dotalis ». *l.* 3. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

VI. Superest ut videamus quando prædium quod in dotem constitutum est, incipiat esse dotale. « Dotale prædium sic accipimus, quum dominium marito quæsitum est; ut tunc demum alienatio prohibeatur ». *l.* 13. §. 2. *lib.* 5. *de adul.*

Hinc, « si fundum alienum mulieri debeat maritus, eumque mulier ei dotis nomine promiserit, in pendenti erit : et tunc fiet dotalis, quum ad eum pervenerit ». *l.* 14. §. 2. Paul. *lib.* 13. *de adulter.*

Hinc etiam : « Si fundum quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione poterat sibi quærere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, quum id facere (3) posset; rem periculi sui fecit. Nam licet lex Julia, quæ vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujus modi acqui-

(1) Quia solus remanebat in obligatione.

(2) V. G. partus ancillæ et quicquid per servos acquiritur.

(3) Scilicet quum mulier ei hac de causa mandasset actionem vindicationis quæ ipsi competebat, aut ei mandare semper parata fuisset.

tude si un fonds de terre a été constitué en dot, et par conséquent si un fonds est dotal. Par exemple, « si elle lui a promis ce qu'il lui devait, et qu'il lui dût une somme d'argent ou un fonds de terre, à son choix, celui des deux que désignera volontairement son mari, sera constitué en dot ».

« Si le mari doit un esclave ou un fonds de terre, et que sa femme lui ait promis en dot ce qu'il lui devait, après la mort de l'esclave, ce sera le fonds de terre qu'elle lui aura promis en dot (1) ».

« Il suit de ce qu'on vient de dire, que si la femme a promis en dot à son mari ce qu'il lui devait, et qu'il lui dût, à son choix, le fonds de terre Cornélien, ou le fonds de terre Sempronien, le fonds devenu dotal sera celui que le mari désignera; il pourra certainement vendre celui qu'il voudra; mais, après l'avoir vendu, il ne pourra pas vendre l'autre : cependant s'il avait racheté celui qu'il aurait vendu, il aurait encore la liberté de vendre l'autre ».

« Il sera donc en son pouvoir de transférer les dispositions prohibitives de la loi de l'un à l'autre, parce qu'il n'y a encore de dotal qu'une obligation. Mais ne pourra-t-il pas également vendre le second sans racheter le premier, puisqu'il peut le racheter? ou ne faut-il pas excepter ce cas, parce qu'il se trouverait que ni l'un ni l'autre ne serait donné en dot? le second sera certainement bien vendu quand il aura racheté le premier ».

V. Nous avons parlé jusqu'ici du fonds de terre constitué en dot; les mêmes principes doivent être appliqués au fonds de terre qui provient de la dot. Or, tout ce qui est acquis par la dot, est censé en provenir (2).

Ainsi, par exemple, « un fonds de terre légué à un esclave dotal, est compris dans la défense de la loi *Julia* comme fonds dotal ».

VI. Il nous reste à voir quand un héritage constitué en dot commence à être un fonds dotal. « Nous entendons par *un héritage dotal* celui dont la propriété a été acquise au mari, mais dont l'aliénation lui est interdite ».

C'est pourquoi « si le mari doit un fonds de terre étranger à sa femme, et qu'elle le lui ait promis en dot, la qualification de ce fonds de terre sera en suspens, et il deviendra fonds dotal lorsque le mari en aura la propriété ».

C'est pourquoi pareillement « si une femme ayant donné en dot à son mari, comme lui appartenant, un fonds de terre que Titius possédait de bonne foi, et que son mari pouvant l'acquérir par la possession de long tems, ait négligé de le demander, quoiqu'il le pût (3), le péril de la prescription est à la charge du mari;

(1) Parce qu'il demeurait seul obligé.

(2) Par exemple, les enfans d'une esclave, et tout ce que les esclaves peuvent acquérir.

(3) C'est-à-dire, lorsque la femme l'avait chargé d'exercer l'action en revendication qu'elle avait droit d'exercer à cet égard, ou qu'elle était toujours disposée à l'en charger.

sitionem (1); non tamen interpellat eam possessionem quæ per longum tempus fit; si, antequam constitueretur dotalis, jam cœperat (2) ».

« Plane (3) si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit quod imputabitur marito ». *l.* 16. Tryph. *lib.* 11. *disput.*

Observandum est fundum ad virum pervenire videri et dotalem fieri, sive ipsi, sive alteri ejus voluntate tradatur.

V. G. « si nuptura Titio, voluntate ejus fundum dotis nomine Mævio tradit, dos ejus conditionis erit, cujus esset, si ipsi Titio fundum tradidisset ». *l.* 14. Paul. *lib.* 3. *de adulter.*

VII. Fundus non solum quum ad virum, sed et quum ad sponsum nuptiis nondum secutis pervenit, jam intelligitur dotalis.

Enimvero, « lex Julia, quæ de dotali prædio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit, quod de marito ». *l.* 4. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

Item, « etiam dirempto matrimonio; dotale prædium esse intelligitur ». *l.* 12. Papin. *lib.* 1. *de adulter.*

ARTICULUS II.

Quæ alienatio fundi dotalis prohibeatur?

VIII. Non solum ea alienationis species prohibetur, per quam dominium transfertur, ut supra obiter vidimus n. 3; sed etiam « Julianus, libro 16 digestorum, scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere (4), neque ei alias imponere ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 2. *de omnibus tribunal.*

« Sed nec libertas servitutis urbano prædio dotali debitæ competit (5), ne per hoc deterior conditio prædii fiat ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 5. *de adulter.*

IX. Ea tamen alienatio fundi dotalis non prohibetur, quæ ex necessitate fit.

---

(1) Id est, ad impediendam illam acquisitionem fundi dotalis, quæ per usucapionem, aut longi temporis possessionem contingeret.

(2) Nam, quum hoc casu fundus qui usucapitur, nondum factus fuerit dotalis; hujus usucapio prohibitione legis Juliæ quæ fundi dotalis alienationem prohibet, non continetur.

(3) Refer ad id quod supra dixit, *rem periculi sui fecit.*

(4) Non utendo.

(5) Si passus sit vicinum per tempus legitimum contra jus servitutis ædificatum habere.

en effet, encore que la loi *Julia*, laquelle interdit l'aliénation du fonds dotal, comprenne cette espèce d'acquisition (1), elle n'interrompt cependant pas la prescription qui s'acquiert par un long tems, lorsque la possession a commencé avant que la chose devînt dotale (2) ».

« Mais (3) s'il n'y avait plus que quelques jours à courir pour que la possession de long tems fût acquise, on ne pourra rien imputer à cet égard au mari ».

Il faut remarquer que le fonds de terre est censé appartenir au mari, et être devenu fonds dotal, soit que la tradition lui en ait été faite à lui-même ou à un autre, de son consentement.

Par exemple, « si une femme qui devait épouser Titius, a livré du consentement de ce dernier et à titre de dot, le fonds dotal à Mævius, il en sera par rapport à la dot comme si elle l'eût livré à Titius ».

VII. Le fonds de terre devient dotal, non-seulement quand il est livré au mari, mais encore quand la tradition en a été faite au fiancé avant le mariage.

En effet, « la loi *Julia* qui a pourvu à la sûreté du fonds dotal, en défendant au mari de l'engager et de le vendre, est susceptible d'une interprétation qui s'étend au fiancé comme au mari ».

Et « le fonds dotal est encore censé tel, nonobstant la dissolution du mariage ».

ARTICLE II.

Quelle aliénation du fonds dotal est prohibée.

VIII. La défense d'aliéner le fonds dotal comprend non seulement l'espèce d'aliénation qui transmet la propriété, comme nous l'avons vu n°. 3, mais encore « suivant Julien, le mari ne peut pas laisser (4) prescrire les servitudes dues au fonds dotal, ni lui en imposer de nouvelles ».

« Il ne peut pas même faire abandon ou remise de la servitude due au fonds dotal (5), afin que la condition n'en soit pas détériorée ».

IX. Il peut cependant vendre le fonds dotal quand il y a nécessité.

---

(1) C'est-à-dire, pour mettre obstacle à ce que le fonds dotal puisse être acquis au moyen de l'usucapion ou de la possession d'un long tems.

(2) En effet, comme dans ce cas le fonds de terre qui est prescrit, n'est pas encore devenu dotal, l'usucapion n'en est pas comprise dans la loi *Julia* qui défend l'aliénation du fonds dotal.

(3) Il faut rapporter ceci à ce qui a été dit ci-dessus, *qu'il a pris sur lui les risques de la chose.*

(4) Par le non-usage.

(5) S'il a souffert que le voisin élevât un édifice, contre le droit de la servitude, pendant le tems prescrit par les lois pour en acquérir la prescription.

Ergo interdum lex Julia de fundo dotali cessat : V. G. « si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere Hic enim, dominus vicinus fit; quia hæc alienatio non est voluntaria ». *l.* 1. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Idem dic de alienatione quæ fit per judicium *communi dividundo*, ad quod maritus provocatur.

Nam « mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt; licet ipsi possint provocari (1) ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 23.

X. Maxime autem eas alienationes lex Julia non impedit, quæ potestate juris fiunt.

Talis est 1°. servitutis confusio. Sed hoc casu mulieri succurritur.

Hinc Julianus : « Si maritus fundum Titii servientem dotali prædio acquisierit, servitus confunditur. Sed si eumdem Titio reddiderit (2) sine restauratione servitutis, hoc marito imputabitur; et hoc casu, maritus litis æstimationem præstabit. Quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur ». *l.* 7. Julian. *lib.* 16. *digest.*

« Sed quum uxor fundum, cui prædia viri servitutem debebant, in dotem dat, fundus ad maritum pervenit amissa servitute : et ideo non potest videri per maritum jus fundi deterius factum. Quid ergo est? Officio de dote judicantis continebitur, ut, redintegrata servitute, jubeat fundum mulieri, vel heredi ejus reddi ». *d. l.* 7. §. 1.

2°. « Sed et per universitatem transit prædium, secundum quod possibile est, ad alterum; veluti ad heredem mariti ». *l.* 1. §. 1. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Nota : « Cum suo tamen jure, ut alienari non possit ». *d.* §. 1.

Hinc, « si maritus fuerit in servitutem redactus (3), an dominus alienare hunc fundum non possit? Quod puto esse verius ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 5. *de adulter.*

« Quare, et si ad fiscum pervenerit (4), nihilominus venditio fundi impeditur; quamvis fiscus semper idoneus successor sit, et solvendo ». *d. l.* 2. §. 1.

---

(1) Nam quum provocantur, alienatio non est voluntaria.

(2) Idem est, si cuivis alteri eum revendiderit.

(3) Puta, revocatus a patrono in servitutem ut ingratus.

(4) Substantiæ mariti publicatione.

C'est pourquoi « la loi *Julia* sur les fonds dotaux, cesse quelquefois d'être applicable; par exemple, lorsque le mari ne fournissant pas caution du dommage prévu, le voisin s'est fait envoyer en possession, et ensuite en jouissance du fonds dotal; car alors le voisin en devient propriétaire, parce que l'aliénation n'en a pas été volontairement consentie ».

Il en est de même de l'aliénation qui a lieu par l'action de la division d'une chose commune, provoquée contre le mari.

Car « les maris qui ont reçu en dot un fonds de terre commun entre plusieurs, sans une estimation, ne peuvent pas en provoquer la division, encore qu'on puisse la provoquer contre eux (1) ».

X. La loi *Julia* n'interdit pas surtout les aliénations qui se font en vertu de l'autorité du droit.

Telle est 1°. la confusion d'une servitude; mais en ce cas on vient au secours de la femme.

C'est pourquoi Julien dit : « Si un mari acquiert le fonds de terre de Titius qui était assujetti envers le fonds dotal de sa femme, la servitude est confondue; mais s'il revend ce fonds de terre à Titius (2) sans rétablir la servitude, il s'en rend responsable; et dans ce cas il est condamné à la payer sur estimation dûment faite. S'il est insolvable, on donne à la femme une action utile contre Titius, pour faire rétablir la servitude ».

« Mais lorsque la femme donne en dot un fonds de terre à qui les héritages de son mari devaient une servitude, ce fonds de terre passe au mari, et les servitudes sont éteintes; c'est pourquoi le mari n'est pas censé avoir détérioré la condition du fonds dotal. Mais quelle est la forme de procéder? Le juge ordonne d'office que la servitude sera rétablie, et que le fonds de terre sera rendu à la femme ou à son héritier ».

2°. « Et même ce fonds de terre passe, autant qu'il est possible, sans servitude à un autre, comme par exemple à l'héritier du mari ».

Remarquez « que cependant s'il est transmis à d'autres, c'est avec tous ses droits, afin qu'il ne puisse pas être aliéné ».

Or donc, « si le mari a été réduit en servitude (3), son maître ne pourra pas aliéner ce fonds de terre; décision qui me semble juste et fondée ».

« C'est pourquoi, quand il passerait au fisc (4), l'aliénation en serait encore prohibée, quoique le fisc soit toujours un successeur solvable et un excellent garant ».

---

(1) Parce que, quand ils y sont provoqués, l'aliénation n'est pas volontaire.

(2) Il en est de même s'il l'a revendu à tout autre.

(3) Par exemple, s'il a été rappelé en servitude par son patron, pour cause d'ingratitude.

(4) Par la confiscation des biens de son mari.

XI. Ea etiam alienatio lege Julia non prohibetur quæ ex consensu mulieris fit.

At vero « soceri (1) voluntas in distrahendo dotali prædio nulla est ». *l.* 12. §. 1. Pap. *lib.* 1. *de adulter.*

Sed nec ex consensu mulieris pignus fundi dotalis lege Julia permittitur, quia proniores sunt mulieres ut hypothecæ consentiant.

Ex lege autem Justiniani, non magis ad alienationem, quam ad pignus, mulieris consensus valet. *l. un.* §. 15. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

ARTICULUS III.

Quibus casibus alienatio fundi dotalis irrita sit?

XII. « Toties autem non potest alienari fundus, quoties mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est ». *l.* 3. §. 1. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Cæterum, si mulieri competiit, « heredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur, quod mulieri præstabatur ». *l.* 13. §. 3. Ulp. *lib.* 51. *de adulter.*

Quum autem « fundum dotalem maritus vendidit et tradidit, si in matrimonio mulier decesserit, et dos lucro mariti cessit, fundus emptori avelli non potest ». *l.* 17. Marcian. *lib.* 7. *dig.*

Hoc est quod ait Papinianus: « Quum vir prædium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet: quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit ». *l.* 42. *ff.* 41. 3. *de usucap.* Pap. *lib.* 3. *quæst.*

Obiter nota: « Idem juris est quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit ». *d. l.* 42.

XIII. Sed et quum mulier viro fuit superstes, si legatum, quod vir ei reliquit ut illud vice fundi dotalis haberet, agnovit, confirmatur alienatio fundi dotalis, ita ut emptor exceptione *doli* possit se tueri adversus mulierem quæ fundum vindicaret.

Hoc videre est in specie sequenti: « Qui dotale prædium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit, et emptoris fidei commisit ut *amplius* ei pretium restituat. Emptorem fideicommisso non teneri constabat (2). Si tamen accepto legato, mulier vendi-

(1) Patris mulieris.

(2) Scilicet, si mulier legatum sibi a viro relictum non agnovisset, et fundum dotalem vindicaret. Emptor enim cui fundus evinceretur, desineret debitor esse pretii: inutiliter igitur gravaretur fideicommisso pretii quod non deberet.

XI. L'aliénation qui se fait du consentement de la femme, n'est pas non plus interdite.

Toutefois « la vente du fonds dotal qui serait faite seulement du consentement du beau-père (1), serait nulle ».

La loi *Julia* défend néanmoins d'engager ou d'hypothéquer le fonds dotal avec le consentement de la femme, parce que les femmes sont assez facilement disposées à grever leurs fonds d'hypothèque.

Mais la constitution de Justinien annulle également l'aliénation et l'engagement du fonds dotal, malgré le consentement de la femme.

Article III.

Dans quels cas l'aliénation du fonds dotal est nulle.

XII. « Le fonds dotal ne peut pas être aliéné toutes les fois que la femme a l'action de la dot, on peut l'avoir un jour de quelque manière que ce soit ».

Et si la femme a eu cette action, « on viendra au secours de son héritier, comme on serait venu au sien ».

Mais lorsque « le mari a vendu et livré le fonds dotal, si la femme est décédée dans le mariage, et que la dot ait été lucrativement acquise au mari, l'acquéreur du fonds dotal en conservera la propriété ».

Ainsi l'enseigne Papinien. « Lorsque le mari a vendu le fonds dotal, soit que l'acquéreur sût ou qu'il ne sût pas qu'il achetait un fonds dotal, la vente est nulle; mais lorsque la femme est décédée dans le mariage, et que la totalité de la dot a été lucrativement acquise au mari, il faut que cette vente soit confirmée ».

On remarque en passant « qu'il en est de même lorsque l'individu qui a vendu une chose volée, est devenu l'héritier de celui à qui elle avait été volée ».

XIII. Et même lorsque la femme a survécu à son mari, si elle a accepté un legs que son mari lui avait fait pour lui tenir lieu de son fonds dotal, la vente de ce fonds dotal est confirmée de manière que l'acquéreur aurait contre la femme l'exception du dol, dans le cas où elle voudrait le revendiquer.

Ce qui sera démontré dans l'espèce suivante. « Si le mari a aliéné contre la loi *Julia* le fonds dotal de sa femme, mais lui a fait un legs, et a en outre chargé l'acquéreur par fidéicommis de lui payer le prix de son fonds dotal, il est constant que l'acheteur n'est point tenu de ce fidéicommis (2); mais si la femme, après

(1) Du père de la femme.

(2) C'est-à-dire, dans le cas où la femme n'aurait pas accepté le legs que lui aurait fait son mari, et dans le cas où elle revendiquerait le fonds dotal, parce que l'acheteur qui en serait évincé, cesserait d'en devoir le prix. Il serait donc inutile qu'il fût grévé d'un fidéicommis pour ce prix qu'il ne devrait plus.

tionem irritam faceret; eam, oblato pretio, doli placuit exceptione summoveri (1) ». *l.* 77. §. 5. *ff. de legatis.* 2°. *lib.* 8. *resp.*

Valet etiam legatum fundi dotalis quod ab uxore, quam heredem instituit, vir relinqueret; quatenus tamen in hereditate invenerit unde dos suppleatur : ut in hac altera specie.

« Si, uxore herede instituta, fundus dotalis fuerit legatus; si quidem, deductis legatis, mulier quantitatem dotis in hereditatem habitura est, valet legatum : si minus, an non valeat quæritur? Scævola, etsi non totus; sed vel aliqua pars ex eo vindicari possit, si modo aliqua pars ad dotem supplendam desit, id duntaxat ex eo remanere apud mulierem ait, quod quantitati dotis deest ». *l.* 13. §. 4. Ulp. *lib.* 5. *de adulter.*

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum et uxorem.

Quum ex dote quæ, soluto per divortium matrimonio, mulieri restituebatur, vir retentionem faceret propter res quas ipsi donasset, ut infra videbimus : hinc tractationi de dotibus inseruerunt Pandectarum ordinatores tractationem *de donationibus inter virum et uxorem.*

I. « Moribus apud nos receptum est, *ne inter virum et uxorem donationes valerent.* Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

« Nec esset eis studium liberos potius educandi (3). Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat : quia sæpe futurum esset ut discuterentur (2) matrimonia, si non donaret is, qui posset; atque ea ratione eventurum ut venalitia essent matrimonia ». *l.* 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Hæc ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est. Nam ita ait : « *Majores* nostri inter virum et uxorem » donationes prohibuerunt amorem honestum solis animis æsti- » mantes : famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia » pretio conciliari videretur : neve melior in paupertatem in-

(1) Legatum enim quod mulier agnovit, videtur ei relictum eo animo ut mulier illud pro dote haberet. Eodem enim animo videtur testator hoc legatum ei reliquisse, quo et fideicommissum pretii ei reliquit. Quod præsumitur ex relatione quam verbum *amplius* inter legatum et fideicommissum inducit.

(2) Haloand. *distraherentur.* Sensus est : ne, si hæ donationes permitterentur, divortiis causa daretur ex eo quod non donaretur.

avoir accepté le legs, voulait attaquer la vente comme nulle, il est décidé que l'acquéreur, après lui avoir offert le prix du fonds dotal, pourrait la repousser par l'exception du dol (1) ».

Un mari qui a institué sa femme son héritière, peut aussi la charger de payer le legs du fonds dotal, autant toutefois qu'il se trouvera dans sa succession de quoi la remplir de sa dot, comme on va le voir dans cette autre espèce.

« Si la femme a été instituée héritière, et le fonds dotal légué, le legs sera valable, pourvu que, déduction faite des legs, elle trouve de quoi se remplir de sa dot : s'il en est autrement, on examine si ce legs n'est pas nul. Scævola dit à cet égard qu'elle ne peut pas revendiquer tout le fonds dotal, dans le cas où il ne lui manquerait qu'une partie de sa dot; mais qu'elle peut en retenir une portion égale à celle de sa dot, qui lui manque ».

LIVRE VINGT-QUATRIÈME.

TITRE I.

Des donations entre mari et femme.

COMME le mari, après la dissolution du mariage par le divorce, retient sur la dot de sa femme ce qu'elle lui avait donné, ainsi qu'on le verra dans la suite, les rédacteurs des Pandectes ont cru que le traité des donations entre mari et femme, devait faire suite au traité des dotes.

I. « Il a été reçu dans nos coutumes que les donations entre mari et femme seraient nulles; pour obvier ainsi, à ce qu'ils ne se dépouillent réciproquement par des donations qu'un amour aveugle les porterait à se faire avec une profusion inconsidérée ».

« Et encore afin qu'ils aient plutôt à songer à l'éducation de leurs enfans, et comme l'ajoutait Sextus-Cæcilius, parce que souvent le refus que faisait le plus riche de donner à l'autre, était une cause influente de divorce entre les époux (2), d'où résultait que le mariage n'était plus qu'une spéculation d'intérêt ».

« Ce motif fut adopté par notre empereur Antonin; car il dit : « Nos prédécesseurs ont prohibé les donations entre mari et femme, voulant que leur union ne fût que l'effet de leur amour; que sa durée ne fût pas celui de l'intérêt, et que le plus généreux ne se réduisît pas à la misère pour enrichir le plus avide ».

---

(1) Car le legs que la femme aurait accepté, serait censé lui avoir été fait pour lui tenir lieu de sa dot, puisque le testateur serait réputé le lui avoir fait dans la même intention qu'il en aurait légué le prix par fidéicommis; ce que fait présumer la relation qui existe entre le legs et le fidéicommis annoncé par ce mot *amplius*.

(2) Haloandre dit *distraherentur*. Le sens est : parce que si ces donations étaient permises, ne pas en faire serait provoquer à au divorce.

» cideret; deterior, ditior fieret ». *l.* 3. Ulpianus, *lib.* 32. *ad Sab.*

Ut quæ ad hanc materiam pertinet, ordine tractentur; prima parte videbimus quas personas et quas donationes spectet hæc prohibitio : secunda parte agemus de inutilitate donationum sub hac prohibitione contentarum, et de his quæ inde sequantur : in tertia parte inquiremus an et quæ donationes possint convalescere ».

PRIMA PARS.

Quas personas et quas donationes spectet prohibitio donandi inter virum et uxorem.

SECTIO I.

De personis quas spectat prohibitio.

Dispiciendum : 1°. quæ donationes inter conjuges factæ videantur; 2°. qui conjuges hac prohibitione contineantur, et 3°. quæ aliæ personæ præter conjuges.

§. I. *Quæ donationes videantur inter conjuges factæ ?*

II. Inter conjuges donatio facta videtur, quæ facta est jam contracto matrimonio. Nec refert quod nuptiarum solemnitas nondum esset celebrata.

Hinc Scævola : « Seia Sempronio, quum certa die nuptura (1) esset, antequam domum deduceretur, tabulæque dotis signarentur, donavit tot aureos : quæro an ea donatio rata sit (2)? Non attinuisse tempus, an, antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quæ plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quærendo exprimi. Itaque, nisi ante matrimonium contractum (quod (de) consensu intelligitur) donatio facta esset, non valere ». *l.* 66. Scæv. *lib.* 9. digest.

Contra, vice versa, si nondum erat contractum matrimonium, quamvis mulier jam deducta fuisset, valebit donatio, nec videbitur inter conjuges facta.

---

(1) Id est, nuptias celebratura : quæ celebritas vel post, vel ante contractum matrimonium fieri poterat. Illa enim verba *nubere* et *nuptiæ*, interdum pro ipso matrimonio, interdum pro celebritate duntaxat quæ ad substantiam matrimonii non pertinebat, usurpantur.

(2) Supple, *respondit.*

Pour traiter cette matière avec ordre, nous examinerons, dans la première partie, quelles sont les donations prohibées par cette défense, et entre quelles personnes elles le sont : dans la seconde, la nullité des donations comprises dans cette défense, et ce qui s'ensuit; dans la troisième, s'il en est qui puissent subsister, et qu'elles sont celles qui peuvent être confirmées.

PREMIÈRE PARTIE.

Quelles personnes et quelles donations concerne la défense des donations entre mari et femme.

SECTION I.

Des personnes que concerne cette défense.

Il faut voir, quelles donations sont censées faites entre mari et femme; 2°. quels époux sont compris dans la défense de se faire des donations, et qu'elles autres personnes que les époux sont comprises dans cette défense.

§. I. *Quelles donations sont réputées faites entre mari et femme.*

II. On appelle donations entre mari et femme celles qu'ils se sont faites après avoir contracté le mariage, et il importe peu que le mariage n'ait pas été célébré dans toute sa solennité.

C'est pourquoi Scævola dit : « Seia devant célébrer un certain jour (1) son mariage avec Sempronius, avant qu'elle eût été conduite dans sa maison, et que le contrat de dot fût signé, lui avait fait donation d'un certain nombre de pièces d'or. On a demandé si cette donation devait être confirmée (2). J'ai répondu qu'il importait peu qu'elle eût, ou n'eût pas été conduite dans la maison de son mari, et que le contrat eût ou n'eût pas été signé, parce que cette formalité ne se remplissait souvent qu'après le mariage; c'est-à-dire, que la donation était nulle, dès qu'elle n'était pas faite avant le consentement des parties au mariage ».

Et réciproquement, si la donation avait eu lieu avant ce consentement, elle serait valable, et ne serait pas censée faite entre mari et femme, lors-même que la femme aurait été conduite dans la maison de celui qu'elle aurait épousé depuis.

(1) C'est-à-dire, devant célébrer ses noces; ce qui pouvait se faire avant ou après le mariage contracté : car ces mots *nubere* et *nuptiæ* sont quelquefois employés pour exprimer le mariage-lui-même, ou sa célébration seulement, qui n'en était pas une partie essentielle.

(2) Ajoutez *on a répondu.*

Unde idem Scævola : « Virgini in hortos (1) deductæ ante diem tertium quam ibi nuptiæ fierent, quum in separata diæta (2) ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua (3) et igni acciperetur, id est, nuptiæ celebrarentur, obtulit (4) decem aureos dono. Quæsitum est, post nuptias contractas divortio facto, an summa donata repeti possit? Respondit, id quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci ». *d. l.* 66. §. 1.

Enimvero, « inter eos qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit; etiamsi eodem die nuptiæ fuerint consecutæ ». *l.* 27. Modest. *lib.* 7. reg.

III. Non valet autem donatio ante nuptias inchoata, si nuptiis demum secutis perfecta fuisset.

Hinc, « si sponsus sponsæ donaturus, tradiderit Titio, ut is sponsæ daret; deinde Titius tradiderit post nuptias secutas : si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quæ post contractas nuptias perficiatur (5) ». *l.* 5. Ulpian. *lib.* 32. *ad Sab.*

Obiter nota : « Si vero mulier eum interposuerit, jamdudum perfectam (esse) donationem, hoc est, ante nuptias (6); atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere ». *d. l.* 5.

Item, « quod sponsæ ea lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur quum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est ». *l.* 4. *cod.* 5. 3. *de donat. ante nupt.* Gord.

IV. Quemadmodum donatio inter conjuges non est, nisi ea quæ constante matrimonio perficitur, non quæ ante perfecta est : pariter nec illa quæ post divortium fit donatio, inter conjuges videri potest; scilicet si divortium sit legitimum.

Quod « si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factæ nullius momenti

(1) Romani hortos non longe ab urbe habebant, in quos voluptatis causa secedebant; ibi ob amœnitatem loci celebrari solebant nuptiæ.

(2) *Diæta* hic sumitur pro habitatione seu cœnaculo in hortis.

(3) In ritu nuptiarum adhibebantur ignis et aqua; scilicet præferebantur faces, et uxor aqua aspergebatur. (Vid. supra, *lib.* 23. *append.* ad *tit.* 2. *de rit. nupt.*)

(4) Supple : sponsus.

(5) Nec enim potest prius videri perfecta; quum non perficiatur, nisi donatario, aut alicui ex voluntate donatarii, res tradatur.

(6) Hoc enim ipso perfecta fuit donatio, quod sponsus sponsæ donaturus, Titio voluntate sponsæ tradidisset.

C'est pourquoi le même Scævola dit : « Une femme avait été conduite dans le jardin (1) de celui qu'elle devait épouser, trois jours avant la célébration de leur mariage. Cette femme étant dans une salle (2) séparée du logement du mari, et avant la cérémonie de l'eau et du feu (3), c'est-à-dire, avant la célébration des noces, son fiancé lui avait offert et donné (4) en présent dix pièces d'or. On a demandé, après le mariage et le divorce, si le mari pouvait répéter ces dix pièces d'or. J'ai répondu qu'il ne pouvait pas déduire de la dot ce qui avait été donné avant les noces ».

Et en effet, « il est constant que la donation qu'un des époux a faite à l'autre avant le mariage doit être confirmée, lors-même que le mariage aurait été célébré ensuite dans la même journée ».

III. Toutefois, une donation projetée avant et achevée après le mariage serait nulle.

C'est pourquoi, « si un fiancé a donné à Titius avant son mariage, une somme pour la remettre à sa fiancée, et que Titius ne l'ait remise qu'après les noces, la donation est nulle, bien que faite par l'intervention d'un tiers, parce qu'elle n'a été consommée qu'après le mariage (5) ».

Remarque. — « Mais si Titius avait été interposé par la femme long-tems avant le mariage, pour recevoir cette donation, elle serait confirmée, encore que Titius n'eût remis la somme qu'après les noces (6) ».

Pareillement « la donation d'un fiancé à sa fiancée, sous la condition qu'elle n'en aura la propriété qu'après le mariage, est également nulle ».

IV. Comme une donation n'est censée faite entre mari et femme qu'autant qu'elle a été consommée après le mariage, et non avant, de même celle qu'ils se font après le divorce n'est plus une donation entre époux, c'est-à-dire, dans le cas où ils auraient légalement divorcé.

Mais « si le divorce n'a pas été fait dans les formes légales, les

---

(1) Les Romains avaient près de la ville, des jardins où ils allaient en parties de plaisir, et c'était dans ces jardins d'agrément qu'ils avaient coutume de célébrer leurs noces.

(2) *Diæta* est pris ici pour un appartement dans le jardin.

(3) Dans les cérémonies des noces, on employait l'eau et le feu, c'est-à-dire, qu'on portait des torches allumées, et qu'on faisait une aspersion d'eau sur l'épouse. Voy. *liv.* 23, *l'appendice qui traite de la cérémonie des noces.*

(4) Ajoutez *le fiancé.*

(5) Car elle ne peut pas être censée consommée, puisqu'elle ne l'est que quand la chose est remise au donataire ou à un autre pour lui.

(6) Car la donation a été consommée dès que le fiancé donateur a eu remis la somme à Titius, du consentement de la fiancée.

sunt (1); quum non videatur solutum matrimonium ». *l.* 35. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

Item, si simulatum fuit divortium, non valebit donatio interim facta.

Hinc Papinianus : « Si liberis sublatis reversa post jurgium (2) per dissimulationem (3) mulier, veluti venali concordia (4) ne dotata sit, conveniat : conventio secundum ordinem rei gestæ, moribus (5) improbanda est ». *l.* 27. *ff.* 23. 4. *de pact. dotal. lib.* 1. defin.

Idem, docet Javolenus. Ita ille : « Vir mulieri divortio facto, quædam idcirco dederat ut ad se reverteretur. Mulier reversa erat; deinde divortium fecerat. Labeo et Trebatius, inter Terentiam et Mecenatem (6) responderunt, si verum divortium fuisset, ratam esse donationem : si simulatum, contra. Sed verum est quod Proculus et Cæcilius putant ; tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliæ nuptiæ insecutæ sunt; aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium; alias nec donationem ullius esse momenti futuram ». *l.* 64. *lib.* 6. *ex poster. Lab.*

§. II. *Qui conjuges hac prohibitione contineantur ?*

V. Omnes justi conjuges hac prohibitione continentur.

« Excipiendi tamen Augustus et Augusta ». *l. fin. cod. h. tit.* 5. 16.

Des his autem qui injusto conjugio conjuncti sunt, ita disputat Ulpianus : « Videamus inter quos sint prohibitæ donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit ; sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit. Ergo, si senatoris filia libertino contra senatusconsultum nupserit (7) vel provincialis mulier ei qui ibi meret (8), contra mandata; valebit donatio, quia

(1) Utpote inter conjuges factæ.

(2) *Jurgium* est dissidium non stabile quo non solvitur matrimonium. Liberis ex matrimonio susceptis, facilius præsumitur jurgium intercessisse, non divortium, quum ad aliquod breve tempus conjuges discesserunt.

(3) Simulando fuisse divortium quod duntaxat jurgium fuerat.

(4) Id est, quasi ad concordiam pretio vendendam.

(5) Quibus donationes inter virum et uxorem improbantur.

(6) Male in Florent. legitur *decenatem*. Mecenatis uxor fuit Terentia, quam Augustus per jocum *Terentillam* vocabat.

(7) Vid. supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de rit. nupt. part.* 2. *sect.* 3.

(8) Qui officium aliquod ibi administrat, *merere*, idem sonat ac militare: inde *emeritus*.

donations faites après ce divorce sont nulles (1), le mariage n'étant pas dissous ».

Si le divorce n'a été que simulé, les donations faites dans l'intervalle de sa durée demeurent également sans effet.

C'est pourquoi Papinien dit : « S'il y a eu des enfans du mariage, que la femme soit rentrée chez son mari après une querelle (2), combinée de part et d'autre pour feindre d'avoir divorcé (3), afin de se faire payer la promesse qu'elle aurait faite de vivre dorénavant en bonne union (4), et même afin d'obtenir une augmentation de dot, une pareille donation sera rejetée comme contraire aux usages reçus (5) ».

Javolenus reproduit le même principe. « Un mari, dit-il, ayant divorcé, avait fait une donation à sa femme pour la déterminer à retourner dans sa maison ; celle-ci étant revenue, ils avaient divorcé une seconde fois. Trebatius répondit que si le divorce avait été réel entre Terentia et Mecenas (6), la donation était valide ; et qu'elle était nulle, si le divorce avait été simulé ; mais il faut dire avec Proculus et Cæcilius, que le divorce n'est censé réel et la donation validée par le divorce, qu'autant qu'une des parties a contracté un autre mariage, ou qu'il s'est écoulé un tems qui y supplée, et qu'autrement la donation doit être nulle ».

§. II. *Quels époux sont compris dans cette défense.*

V. Cette défense comprend tous les époux légitimes.

Il faut cependant en excepter l'Empereur et l'Impératrice.

Mais Ulpien dit, à l'égard de ceux qui ne sont pas unis par un mariage légitime : « Voyons entre quels époux les donations sont prohibées. Elles le sont entre ceux qui ont contracté mariage conformément à nos lois et à nos usages ; mais elles peuvent ne pas l'être entre ceux dont un empêchement rend le mariage nul. Si donc la fille d'un sénateur a épousé le fils d'un affranchi, en contravention du sénatus-consulte (7), ou une femme de province, un homme qui y exerçait une autorité publique (8), contre l'esprit

(1) Comme faites entre mari et femme.

(2) *Jurgium* signifie une brouillerie passagère qui ne dissout pas le mariage. Quand il y a des enfans, on présume plutôt ces divisions momentanées, qu'un divorce réel.

(3) En feignant d'avoir fait divorce, quand il n'y avait qu'une querelle.

(4) C'est-à-dire, comme pour mettre sa bonne humeur à un prix quelconque.

(5) Qui rejettent les donations entre mari et femme.

(6) C'est mal-à-propos qu'on lit dans l'édition de Florence *Decenatem*. La femme de Mecenas s'appelait *Terentia*, et Auguste l'appelait en plaisantant *Terentilla*.

(7) Voy. ci-dessus, *liv.* 23, le titre qui traite *de la cérémonie des noces*, *part.* 2. *sect.*

(8) Qui y remplit des fonctions publiques. *Merere* est synonime de *militare*, d'où vient le mot *émérite*.

nuptiæ non sunt. Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt ».

« Divus tamen Severus in liberta Pontii-Paulini senatoris contra statuit : quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ ». *l.* 3. §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Ergo aliter obtineret, si eam pro uxore habuisset.

Hinc idem Ulpianus : « Sed si senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea, quæ donata sunt, ablata fisco vindicari ». *l.* 32. §. 28. Ulp. *lib.* 33. *ad Sab.*

Ita etiam rescribit Alexander : « Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es (1), colla in maritum donatio ipso jure (2) irrita est. Sed si matrimonium jure non valuit, licet ipso jure donatio tenuerit (3), quia tamen indigna persona ejus fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt (4)». *l.* 7. *cod. h. t.* 5. 16.

VI. Similiter, quum quis nondum viripotentem duxit, si non potest videri aliter eam habuisse quam pro uxore, donatio inter ipsos facta non valebit.

V. G. « si quis sponsam habuerit, deinde eamdem uxorem duxerit, quum non liceret; an donationes quasi in sponsalibus factæ valeant, videamus? Et Julianus tractat hanc quæstionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta. Ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius quod Labeoni videtur, et a nobis et a Papiniano, libro 10 Quæstionum, probatum est : ut, si quidem præcesserint sponsalia, durent, quamvis jam uxorem esse putet qui duxit; si vero non præcesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt; neque nuptias, quod nuptiæ esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio : si minus, nulla est; quia non quasi ad

(1) Adeoque ratum fuit matrimonium.

(2) Utpote inter virum et uxorem facta.

(3) Si subtilitatem juris spectemus : quia non potest dici hæc donatio esse inter virum et uxorem, quum non sint invicem vir et uxor.

(4) At contra (objicies) in specie modo supra relata, dicuntur *ea donata vindicari fisco?* Ita quidem regulariter obtinet : interdum tamen ætati parcitur ejus qui donavit, ut ipsi tribuatur donati repetitio.

et le but de leur mission, les donations seront valides, ces mariages étant nuls ; mais il n'est pas permis de les confirmer, afin que de pareils mariages n'améliorent pas la condition de ceux qui les ont faits ».

« Cependant l'empereur Sévère décida le contraire en faveur de l'affranchie de Pontius-Paulinus, sénateur, parce qu'elle n'était pas réellement sa femme, mais bien sa concubine ».

Il en eût donc été autrement s'il l'eût prise pour femme.

C'est pourquoi le même Ulpien dit : « Si un sénateur a été fiancé avec une fille d'affranchi, un tuteur avec sa pupille, ou tout autre avec une femme à laquelle il ne pouvait s'unir légitimement, et qu'il l'ait ensuite épousée, les fiançailles faites entre eux seront elles-mêmes prohibées, et leurs donations, comme faites entre personnes indignes, doivent être dévolues au fisc ».

Ainsi l'énonce Alexandre dans un rescrit : « Si vous avez été mariée du consentement de votre père, au fils de votre tuteur (1), la donation que vous lui avez faite durant le mariage est nulle de plein droit (2); mais si votre mariage a été frappé de nullité, bien que votre donation soit valide en droit (3) : cependant, parce que le donataire en était indigne, comme ne pouvant pas être votre mari, on vous accordera des actions utiles pour revendiquer ce que vous lui avez donné (4) ».

VI. De même, si un individu a épousé une femme non encore nubile, et qu'il ne pouvait avoir que pour femme, la donation qu'il se seront faite sera sans effet.

Par exemple, « quelqu'un a épousé une femme avec laquelle il a été fiancé, et qu'il ne pouvait pas épouser, leurs donations seront-elles valides comme faites entre fiancés? Julien examine cette question, par rapport à une mineure de douze ans qui, n'étant par conséquent pas encore nubile, aurait été conduite dans la maison de son mari, et il dit qu'elle était bien et dûment fiancée, quoique non mariée. Mais il faut dire comme nous, avec Labéon et Papinien, que s'il y a eu des fiançailles, elles subsistent, encore que son mari la croie sa femme; que cependant, s'il n'y en a pas eu, il n'y en a pas encore, et qu'il n'y a également point de mariage, puisqu'il n'a pas pu y en avoir; et par conséquent que, dans le premier cas, la donation est valide; et que, dans le second cas, elle est nulle, le mari n'ayant point fait cette donation comme à une

(1) Et que par conséquent votre mariage ait été confirmé.

(2) Comme faite entre mari et femme.

(3) D'après la subtilité du droit, parce que la donation ne peut pas être réputée avoir été faite entre mari et femme, puisqu'ils ne sont pas mari et femme.

(4) Au lieu que dans l'espèce qui vient d'être rapportée, on dit que la chose donnée est dévolue au fisc. C'est ce qui a lieu régulièrement; mais quelquefois on accorde la répétition au donateur, à cause de son âge.

extraneam, sed quasi ad uxorem fecit, et ideo nec oratio locum habebit (1) ». *sup. d. l.* 32. §. 27.

Igitur de casu quo sponsalia intervenissent, accipe quod ait Labeo : « Quod vir ei, quæ nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo ». *l.* 65. Labeo, *lib.* 6. *poster. a Javol. epit.*

VII. Ex supra dictis liquet quod uxoribus quidem factæ, aut aliis quæ (etsi uxores non sint) tamen pro uxoribus habentur, donationes non valeant.

Eis vero, quæ in consuetudine non tanquam uxores haberentur, factæ donationes valent. Hinc Papinianus : « Donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit. Nec si matrimonium inter eosdem postea fuerat contractum, ad irritum recidere potest, quod ante jure valuit. An autem maritalis (2) honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata, perpendendum esse respondi : *Neque enim tabulas facere matrimonium* (3) ». *l.* 31. *ff.* 39. 5. *de donat.* Pap. *tib.* 12. resp.

Tamen, jure singulari, milites focariis suis (quamvis pro uxoribus eas non habeant) donare non possunt.

Sic enim rescribit Antoninus : « Si ancillam nummis tuis comparatam esse præsidi provinciæ probaveris, donationisque causa focariæ tuæ nomine instrumentum emptionis esse conscriptum, eam tibi restitui jubebit. Nam licet, cessante jure, matrimonii dodonatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione, fictisque adulationibus spoliari nolo ». *l.* 2. *cod. h. tit.* 5. 16.

Ex constitutione Arcadii et Honorii, qui justam sobolem habet, concubinæ liberisque ejus intra unciam bonorum duntaxat donare potest; concubinæ autem soli intra semiunciam duntaxat. *l.* 2 *cod.* 5. 27. *de natural. lib.*

Idem obtinet quum quis justa quidem sobole caret, sed matrem habet. *d. l.* 2. aut patrem. *l.* 1. *cod.* Theod. *d. t.* 4. 6.

Ex constitutione Valentiniani et Gratiani, etsi quis justa sobole, item patre et matre careat, non potest ultra tres uncias bonorum suorum concubinæ et naturalibus liberis donare. *d. l.* 1. *cod.* Theod.

---

(1) Id est, talis donatio non confirmatur morte donatoris, ex oratione D. Antonini de qua sect. seq.

(2) Id est, an duntaxat in concubinatu, an in matrimonio fuerint.

(3) Nec ex eo solo quod nuptiales tabulæ conscriptæ non fuerint, concludendum est eos magis in concubinatu quam in matrimonio fuisse.

étrangère, mais comme à sa femme; d'où suit que la décision d'Antonin n'y est pas applicable (1) ».

C'est donc du cas où il y a des fiançailles qu'il faut entendre ce que dit Labéon, « que suivant lui, la donation qu'un mari a faite à la femme qu'il a épousée avant qu'elle fût nubile, doit être confirmée ».

VII. Il suit de ce qui vient d'être dit, que les donations faites par des maris à leurs femmes, ou à d'autres femmes considérées comme leurs épouses, bien qu'elles ne le fussent pas réellement, sont nulles.

Et que celles qui sont faites à des femmes que d'après l'usage l'on ne considère pas comme épouses, sont valides. C'est pourquoi Papinien dit : « Il est reçu que les donations faites aux concubines sont irrévocables, et que, nonobstant un mariage subséquent dans la suite, ce qui a été fait validement en droit ne peut pas devenir nul. Cependant j'ai répondu qu'il fallait cependant examiner si dès l'origine, leurs maris les avaient honorées comme femmes ou traitées comme concubines (2), parce que le contrat de mariage n'était pas le mariage (3) ».

Cependant, par une exception particulière, les donations que feraient les militaires à leurs cuisinières, ne seront pas valides, encore qu'ils ne les considèrent pas comme leurs femmes.

Car Antonin dit dans un rescrit : « Si vous prouvez au président de la province que cette esclave ait été achetée de vos deniers, et que le titre de votre donation porte que vous la lui avez faite comme à votre cuisinière, il vous fera rendre la chose donnée; car, bien que la donation eût pu avoir lieu et effet, puisqu'il n'y a pas eu entre elle et vous de mariage légitimement contracté, je ne veux pas que nos militaires soient dépouillés par leurs cuisinières et ainsi dupes de leurs fausses caresses ».

D'après une constitution d'Arcade et d'Honorius, celui qui a des enfans légitimes, peut donner à sa concubine et à ses enfans la douzième partie de ses biens; mais il ne peut en donner que la vingt-quatrième partie à la concubine seule.

Il en est de même de celui qui, bien qu'il n'ait pas d'enfans, a encore sa mère; et de celui qui a son père.

Par la constitution de Valentinien et de Gratien, celui qui n'a ni enfans légitimes, ni père, ni mère, ne peut donner à sa concubine et à ses enfans, que le quart de ses biens.

---

(1) C'est-à-dire, qu'une pareille donation ne serait pas confirmée par la mort du donateur, suivant la constitution d'Antonin, dont il est parlé section suivante.

(2) C'est-à-dire, si elles ont été réputées épouses ou seulement concubines.

(3) Et de ce qu'il n'y aurait point de contrat écrit, il n'en faudrait pas conclure non plus qu'elles auraient seulement été réputées concubines.

Ex Novella LXXXIX, iisdem potest, qui justa sobole caret, quantum voluerit donare; salva ascendentium legitima.

§. III. *Quæ aliæ personæ præter conjuges, donandi prohibitione contineantur?*

VIII. « Nec inter eas quidem personas, quarum juri subjecti sunt vir et uxor, qui quæve in eorum potestate sunt, donationes jure civili fieri possunt ». *l. 4. cod. h. t.* 5. 16. Anton.

Hinc V. G. « ab uxoris, nurusve patre (1) prohibitum est donari viro, vel genero ».

« Sed et his, qui sunt in eorum potestate, si fuerit donatum, vel in quorum sunt potestate, non valebit donatio, si modo vir et socer in ejusdem sunt potestate, vel vir in soceri: cæterum, si in alia familia est maritus, neque socero, neque ei qui est in ejus potestate, neque ei in cujus est, donatione interdictum est ». *l.* 3. §. 6. *lib.* 32. *ad Sab.*

Consonat quod rescribit Alexander: « Si (ut proponis) pater tuus, in cujus potestate fuisti, marito tuo genero suo instrumentum debitoris donationis causa dedit; matrimonio durante vita functus est; ac postea a marito divertisti: quod gestum est, non valet ». *l.* 5. *cod. h. tit.* 5. 16.

Non solum conjugis pater alteri conjugi donare prohibetur: sed et « qui in ejusdem potestate sunt, prohibentur sibi (2) donare; ut puta, frater mariti, qui est in soceri potestate ». *sup. d. l.* 3. §. 2.

« Prohibetur igitur et uxori nurui donare etiam is, qui est in soceri potestate; si modo maritus sit in patris potestate ». *d. l.* 3. §. 5.

Jam notandum quod « verbum *potestatis* non solum ad liberos trahimus, verum etiam ad servos. Nam magis est, ut hi quoque, qui aliquo jure subjecti sunt marito, donare non possint ». *d. l.* 3. §. 3.

IX. Ita demum autem conjux ei qui in alterius conjugis potestate est, donare prohibetur; si ex causa donet ex qua acquiratur conjugi.

« Secundum hæc, si mater filio qui in patris potestate esset, donet; nullius momenti erit donatio, quia patri (3) quæritur. Sed

(1) Male in Florent. *parte.*

(2) Legendum *ipsi*, ut recte emendat Budæus; scilicet *ipsi uxori.* Frater meus qui est in potestate patris nostri, soceri uxoris meæ, uxori meæ donare non potest.

(3) Qui est conjux matris quæ donat.

Par la Novelle CXXXIX, celui qui n'a point d'enfans légitimes peut donner indéfiniment à sa concubine et aux enfans qu'il a eus d'elle, sauf la légitime de ses ascendans.

§. III. *Quelles personnes autres que les époux sont comprises dans cette défense.*

VIII. Le droit civil défend pareillement à ceux et celles sous la puissance de qui sont le mari et la femme, ou qui sont sous la puissance du mari et de la femme, de leur faire des donations.

C'est pourquoi, par exemple, « il est défendu au père de la femme ou de la bru (1), de donner à son gendre ou à son fils ».

« Et même à ceux qui sont sous leur puissance, ou sous la puissance desquels ils sont. Si le mari et son beau-père sont sous la même puissance, ou le mari sous celle de son beau-père, la donation sera pareillement infirmée. Mais si le mari est dans une autre famille, il ne sera défendu ni au beau-père, ni à celui qui est sous sa puissance, ou sous la puissance duquel il est, de lui faire des donations ».

Ainsi l'énonce un rescrit d'Alexandre : « Si, comme vous l'exposez, votre père sous la puissance duquel vous étiez, a donné à votre mari son gendre, le titre d'une créance, dans l'intention de lui faire une donation, et qu'étant mort durant le mariage, vous ayez divorcé depuis, la donation est nulle ».

Non-seulement le père d'un des époux ne peut pas donner à l'autre, mais encore « ceux qui sont sous sa puissance ne peuvent pas se faire de donation (2) à eux-mêmes; le frère du mari étant sous la puissance de son beau-père, ne peut pas donner à sa belle-sœur ».

« Celui qui est sous la puissance du beau-père ne peut donc donner ni à la femme, ni à la bru, si le mari est sous la puissance de son père ».

Il faut ici remarquer que « le mot puissance s'étend, non-seulement aux enfans, mais encore aux esclaves; le plus sûr en effet est de dire que pour peu qu'ils soient sous la puissance du mari, ils ne peuvent pas donner à sa femme ».

IX. Mais si un époux ne peut pas donner à celui qui est sous la puissance de l'autre, c'est dans le cas seulement où la donation aurait lieu de manière qu'elle soit acquise à l'autre époux.

« D'après quoi, si une mère donne à son fils qui est sous la puissance de son père, la donation sera nulle, comme acquise au père (3); mais si elle donnait à son fils partant pour l'armée,

(1) C'est mal-à-propos que l'édition de Florence dit *parte*.

(2) Il faut lire *ipsi*, comme le dit avec raison Budæus, c'est-à-dire, *ipsi uxori*. Mon frère étant sous la puissance de notre père, beau-père de ma femme, ne peut pas faire de donation à ma femme.

(3) Lequel est le mari de la femme qui donne.

si in castra eunti filio dedit, videtur valere; quia filio quæritur, et est castrensis peculii ». *d. l.* 3. §. 4.

Quum autem ex constitutionibus posteriorum Imperatorum quidquid a matre proficiscitur, patri non quæratur, hinc indistincte dicitur : Si constante matrimonio tibi mater domum tradidit, hanc in tuis bonis fecit (1) ». *l.* 19. *cod. h. tit.* 5. 15. Dioclet. et Maxim.

X. Vice versa, ita demum qui in conjugis potestate est, donare alteri prohibetur; si ex eo peculio daret quod ad conjugem pertineat. « Quare et si filius, vel privignus, vel quivis alius potestati mari subjectus, de castrensi peculio suo donavit, non erit irrita donatio ». *d. l.* 3. §. 4.

Similiter, « si servus meus, cujus ususfructus alienus est, donet uxori meæ ex eo peculio quod ad me non pertinebat, vel homo liber bona fide mihi serviens; an valeat donatio, quæritur? Et in libera quidem persona, utcumque admitti potest donatio (2). Cæteræ enim personæ (3) alienationem peculii, ut donent, non habent (4) ». *d. l.* 3. §. 8.

His consentanea est Alfeni responsio in specie sequenti : « Servus communis viri et fratris ejus, puerum donavit uxori fratris. Pro qua parte is servus, qui donasset, viri esset; pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit (5) ». *l.* 38. Alfenus, *lib.* 3. *dig. a Paulo epit.*

« Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet, et rem communem uxori donasset. Nam ex tertia parte mulieris res facta non est; ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres, aut, posteaquam donata esset, ratum habuissent, non debere mulierem reddere ». *d. l.* 38. §. 1.

XI. Observandum est, soluto matrimonio, prohibitionem donandi cessare inter supra dictas personas; quemadmodum cessat inter virum ipsum et uxorem quondam suam.

Unde Antoninus : « Sin autem post mortem filiæ facta est do-

(1) Tempribus Diocletiani et Maximiani, quorum nomen huic legi inscribitur, nondum quidem hoc jus vigebat, ut patri non quæreretur quod filii a matre consequerentur. Sed verisimile est Tribonianum ex hoc rescripto negationem detraxisse, ut illud juri novo accommodaret : et ita innumeris in locis.

(2) Scilicet si donaverit ex eo quod ad ipsum, non ad me cui bona fide serviebat, pertinebat.

(3) Id est, servi.

(4) Unde fit ut donatio, quam fecit uxori meæ, non valeat. Sed si fructuarius permisisset ei donare, valeret.

(5) Pro alia vero parte valebit donatio, si socius permisit ei ut donaret.

cette même donation serait valide comme acquise à son pécule *castrense* ».

Mais comme, par les constitutions des derniers Empereurs, le père n'acquiert rien de ce qui vient de la mère, on dit indistinctement que « si, durant votre mariage, votre mère vous a donné une maison, cette maison fait dès-lors partie de vos biens (1) ».

X. Réciproquement, celui qui est sous la puissance d'un des époux ne peut rien donner à l'autre, du pécule qui appartient au premier. « C'est pour cette même raison que si le fils, le beau-fils, ou autres personnes sous la puissance du mari, dispose par donation d'une partie de son pécule *castrense*, la donation ne sera pas nulle ».

De même, si mon esclave, dont un autre a l'usufruit, ou l'homme libre qui me sert de bonne foi, fait donation à ma femme d'une partie d'un pécule qui ne m'appartenait pas, on demande si la donation sera valable; mais il est certain que celle de l'homme libre peut être admise sans difficulté (2), et que les autres (3) n'ayant pas l'administration de leur pécule, ne pouvaient pas en disposer par donation (4) ».

Ce qui s'accorde avec la réponse d'Alfenus dans l'espèce suivante : « L'esclave commun d'un mari et de son frère, donna un jeune esclave à la femme de ce dernier. On répondit que la propriété de la partie de l'esclave donné qui appartenait au mari, n'avait pu être transmise à la femme (5) ».

« Il en est de même en droit, si un des trois frères ayant une femme légitime, lui donne une chose commune; car il y en a un tiers dont la propriété ne passe pas à la femme, et par rapport aux deux autres tiers, dans le cas où les deux frères auraient su et approuvé la donation, la femme ne sera pas alors tenue de rendre ces deux tiers ».

XI. Il faut remarquer qu'après la dissolution du mariage, la défense de donner cesse entre les personnes ci-dessus, comme elle cesse entre un mari et celle qui n'est plus sa femme.

C'est pourquoi Antonin dit : « Mais si une donation vous a

(1) Sous les empereurs Dioclétien et Maximien, dont les noms sont en tête de cette loi, le droit suivant lequel ce qui provenait de la mère n'était pas acquis au père, n'existait pas encore; mais il est vraisemblable que Tribonien a retranché la négation de ce rescrit, pour le rendre conforme au droit nouveau, comme il a fait dans bien d'autres endroits.

(2) C'est-à-dire, s'il a donné quelque chose de ce qui lui appartenait à lui, et non à moi qu'il servait de bonne foi.

(3) C'est-à-dire, les autres esclaves

(4) Ce qui fait que la donation de ce dont il a disposé en faveur de ma femme est nulle, mais ne le serait pas si l'usufruitier l'eût approuvée.

(5) Mais la donation sera valable pour l'autre partie, si l'associé lui a permis de donner.

natio a quondam socero tuo, etiam inter vivos ea perfici potuit ». *l.* 3. *cod. h. t. v. sin autem.*

XII. Vidimus quæ personæ prohibitione continea tur.

Cæterum, « socrui a nuru, vel contra, donari non est prohibitum; quia hic jus potestatis non vertitur ». *d. l.* 3. §. 7.

Hinc Diocletianus et Maximianus : « Si te in vacuam possessionem prædii socrus tua titulo donationis ante matrimonium, vel post induxit, ad rescindendam donationem pœnitentia nihil proficit ». *l.* 23. *cod. h. t.* 5. 16.

Similiter « vitricus et privignus invicem sibi donare prætextu matrimonii non prohibentur ». *l.* 60. Hermog. *lib.* 2. *juris epitom.*

SECTIO II.

Quas donationes complectatur, necne, prohibitio donandi inter virum et uxorem, cæterasque personas ad quas hæc prohibitio porrecta est.

Videbimus : 1°. quæ donationes inter conjuges prohibitione contineantur; 2°. quæ non contineantur; 3°. de nonnullis speciebus inquiremus, an donationem continere videantur; 4°. videbimus quæ donationes prohibitione contineantur, necne inter cæteras personas ad quas prohibitio porrecta est.

ARTICULUS I.

Quæ donationes inter conjuges prohibitione contineantur ?

XIII. Quævis donatio inter virum et uxorem prohibetur.

« Ait enim (Neratius), datum ad villam exstruendam, vel agrum serendum; quod alioquin facturus non erat is quis accepit; in speciem donationis cadere. Ergo inter virum et uxorem hæ erunt interdictæ ». *l.* 13. §. 2. *v. ait enim.*

Non solum proprietatis, sed etiam « inter virum et uxorem nec possessionis (1) ulla donatio est ». *l.* 46. Ulpian. *lib.* 72. *ad ed.*

---

(1) Non obstat lex 1. §. 4. *ff.* 41 2. *de acq. vel omit. poss.* Si vir *uxori cedat possessione donationis causa; plerique putant possidere eam.* Etsi enim possessio quæ facti est, ad uxorem transeat; inde non sequitur donationem vel possessionis valere. Non enim in vim donationis possessio in hac specie transit; sed quia (ut in eadem lege dicitur) fieri non potest ut maritus qui noluit possidere rem donatam, ejus possessionem non amiserit. Mulier autem vacuam rei possessionem ingressa est.

été faite par votre ci-devant beau-père, après la mort de sa fille, cette donation a pu avoir lieu même entre-vifs ».

XII. Nous avons vu quelles personnes comprenait cette défense ».

Toutefois, « il n'est pas défendu à une belle-mère de donner à sa belle-fille, et réciproquement, parce qu'ici le droit de puissance n'a pas lieu entre elles ».

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si votre belle-mère vous a mise, à titre de donation, en pleine possession, d'une maison, avant ou après le mariage, elle ne pourra pas faire rescinder la donation, dans le cas où elle viendrait à se repentir de l'avoir faite ».

De même, rien n'empêche ni le mari, ni le fils de sa femme, de se faire réciproquement entre son beau-père et lui des donations à cause de mariage ».

SECTION II.

Des donations que comprend ou ne comprend pas la défense des donations entre mari et femme, et des autres personnes auxquelles elle s'étend.

Nous examinerons ici, 1°. quelles donations entre mari et femme sont comprises dans cette défense; 2°. quelles sont celles qui n'y sont pas comprises; 3°. si certaines espèces sont censées contenir des donations; 4°. quelles donations sont ou ne sont pas comprises dans cette défense, par rapport aux autres personnes auxquelles elle s'étend.

ARTICLE I.

Quelles donations entre mari et femme sont comprises dans cette défense.

XIII. Cette défense comprend toute donation entre mari et femme.

Car, suivant Neratius, ce qui a été donné pour construire une métairie, ou ensemencer un champ, à celui qui n'aurait pas pu le faire sans cette donation, entre dans l'espèce des donations, et est par conséquent prohibé entre mari et femme ».

Toute donation, non-seulement de propriété, mais encore « de possession, est nulle entre mari et femme (1) ».

---

(1) Nonobstant la *l.* 1. §. 4. *ff. sur la manière d'acquérir ou de perdre la possession.* Si un mari cède une possession à sa femme à titre de donation, la plupart des jurisconsultes pensent qu'elle possède, parce que, bien que la possession, qui est de fait, passe à la femme, il ne s'ensuit pas que la donation d'une possession même doive être valide, et en effet, dans cette espèce, la possession ne passe pas par la seule force de la donation, mais parce que, comme le dit la même loi, il est impossible que le mari, qui n'a plus voulu posséder la chose donnée, n'en ait pas perdu la possession, sa femme étant d'ailleurs entrée en pleine possession de la chose.

XIV. Sed, etsi vir dotem quam soluto matrimonio restituere debet, eo constante uxori restituat; donatio intelligitur, quæ moribus prohibita est.

Hinc Honorius et Theodosius : « Si constante matrimonio a marito uxori dos sine causa legitima refusa est (quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere); eadem uxore defuncta, ab ejus heredibus cum fructibus ex die refusæ dotis marito restituatur ». *l. un. cod.* 5. 19. *si dos const. matr. solut,*

Hoc confirmavit Justinianus, Novella XXII. cap. 39.

XV. Ex certis tamen causis permittitur, manente matrimonio, dotem restituere. Nimirum, « manente matrimonio, non perdituræ uxori ob has causas dos reddi potest; ut se suosque alat; ut fundum idoneum emat; ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimoniam; aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat ». *l.* 73. §. 1. *ff.* 23. 5. *de jur. dot.* Paul. *lib.* 2. sentent.

Item Paulus : « Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut æs alienum solvat, aut prædia idonea emat; sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consulat; vel ut eos ex hostibus redimat : quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere; et ideo recte ei solvitur. Idque et in filiafamilias observatur ». *l.* 20. *ff. hoc lib. t.* 3. *solut. matrim.* Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Recte etiam restituitur dos manente matrimonio in specie sequenti : « Fundum filiæ nomine pater in dotem dederat. Hujus heredi filiæ ex asse, creditoribus patris urgentibus, utilius videbatur potius fundum, qui dotalis erat, distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere. Maritus consensit, si nulla in ea re captio sit futura. Quæro an ea pars dotis quæ in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit : Si pretium creditori solvatur, recte solutum ». *l.* 85. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Scæv. *lib.* 8. dig.

XVI. « Non tantum autem per se maritus et uxor cæteræque personæ donare non possunt, (sed nec per interpositas personas) ». *l.* 3. §. 9. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Simili ratione et illæ donationes prohibentur, quæ simulata alterius contractus specie teguntur. Non prohibentur verò inter virum et uxorem cæteri contractus bona fide facti, et nullam donationem continentes.

Hinc Ulpianus : « Si uxor a marito suo prædia quæ ob dotem

XIV. Si, durant le mariage, un mari rend à sa femme la dot qu'il devait lui rendre dans le cas de dissolution du mariage, il est censé lui faire une donation prohibée.

C'est pourquoi Honorius et Théodose disent : « Si, durant le mariage, et sans cause légitime, un mari rend à sa femme la dot qu'il en a reçue, (ce qui est prohibé par les lois, parce qu'il est réputé y avoir une espèce de donation), la femme venant à décéder, ses héritiers doivent la restituer au mari, avec les fruits, du jour où ce dernier l'avait rendue à sa femme ».

Ainsi l'a confirmé Justinien par la Novelle XXII, chap. 39.

XV. Il y a cependant certains cas où il est permis de rendre la dot durant le mariage. Par exemple, « un mari peut, durant le mariage, rendre à sa femme la dot qu'il en a reçue, soit pour s'en alimenter elle-même et ses enfans, soit pour en acheter un fonds de terre d'un produit équivalent, soit pour faire subsister son père, relégué dans une île, ou exilé, soit enfin pour procurer des moyens d'existence à son mari, à son frère ou à sa sœur réduits à la misère ».

Paul dit pareillement que, « bien qu'une femme ne reprenne pas sa dot durant le mariage, pour payer des dettes, ou pour acheter un fonds de terre productif, mais pour fournir aux besoins de ses enfans d'un premier mariage, de ses frères ou de ses père et mère, ou pour les racheter des ennemis, elle est censée la reprendre pour une cause honnête, et on peut alors la lui rendre. Il en est de même d'une fille de famille ».

Un mari peut aussi rendre à sa femme, durant le mariage, la dot qu'il en a reçue, dans l'espèce suivante : « Un père avait donné un fonds de terre en dot à sa fille ; cette fille, en sa qualité d'unique héritère de son père, et pour payer des créanciers du père qui la poursuivaient, jugea expédient de vendre le fonds dotal qui produisait peu de revenu, au lieu d'aliéner d'autres fonds héréditaires plus productifs. Le mari y consentit, pourvu qu'en cela il n'y eût aucune fraude et aucuns risques à courir. On demanda si on pouvait régulièrement rendre à la femme, durant le mariage, la portion de sa dot consistant en ce fonds de terre. Je répondis que si elle en employait le prix à payer ces créanciers, elle pouvait le recevoir ».

XVI. « D'ailleurs, non-seulement le mari et la femme, ainsi que les autres personnes comprises dans la défense, ne peuvent pas se donner par eux-mêmes : mais ils ne le peuvent pas même par personnes interposées.

Et par la même raison sont prohibées les donations déguisées sous la forme d'autres contrats ; cependant, les autres contrats faits de bonne foi, et qui ne contiennent pas de donations, peuvent avoir lieu entre mari et femme.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une femme qui avait reçu des

pignori acceperat (1), emerit, eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti : pignoris tamen obligationem durare, Imperator noster cum patre suo rescripsit. Cujus rescripti verba ideo retuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari : « *Si tibi* maritus pignora propter » dotem et pecuniam creditam data, non donationis causa, ven- » didit, quod bona fide gestum est, manebit ratum. At si titulus » donationis quæsitus ostenditur, atque ideo venditionem irritam » esse constabit; jure publico causam pignorum integram obtine- » bis ». *l.* 7. §. 6. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

Observandum valde interesse an contractus aliquid donationis contineat tantum, an etiam sit simulatus. Hoc posteriori casu, nullius momenti est : priori casu valet, et in eo infirmatur duntaxat quod donationem continet.

V. G. « circa venditionem quoque, Julianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait. Neratius autem (cujus opinionem Pomponius non improbat) venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam, nullius esse momenti; si modo, quum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit ut donaret. Enimvero si, quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit; venditionem quidem valere : remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior (2). Itaque si res quindecim, vænit quinque, nunc autem sit decem; quinque tantum præstanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta ». *l.* 5. §. 5. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Vel etiam, in hoc posteriori casu, potest dici res pro ea parte non esse venditas quæ æquivalet pretio remisso ; pro cætera vero, venditas.

Hoc docet Pomponius : « Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna; sed utrumque unis quinque, donationis causa a viro mulieri, vel contra, vænierint; melius dicetur communia ea esse pro portione pretii : nec tantum spectandum esse quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum. Sine dubio licet a viro, vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi ». *l.* 31. §. 3. Pompon. *lib.* 14. *ad Sab.*

XVII Quod « si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem

(1) Mulier pro dote potest pignora accipere, quamvis fidejussores accipere non possit.

(2) Nam (ut infra modo videbimus) donationes inter virum et uxorem eatenus duntaxat revocantur, quatenus conjux, cui donatum est, factus est locupletior.

héritages urbains ou maisons de villes en gage de sa dot (1), les a achetées, et qu'on allègue que cette vente ait été faite pour déguiser une donation, conformément à un rescrit de notre Empereur et de son père, elle est nulle, et le droit de gage subsiste toujours. J'ai rapporté les termes de ce rescrit, pour démontrer qu'une vente faite de bonne foi entre mari et femme est irrévocable. « Si votre mari vous a vendu de bonne foi les gages qu'il » vous avait donnés pour votre dot, ou des sommes prêtées, et » non pour déguiser une donation, cette vente sera confirmée; » mais s'il apparaît qu'elle soit un titre de donation déguisée, et » qu'elle soit déclarée nulle sur ce motif, vous conserverez néan- » moins le droit de gage ».

Il faut surtout remarquer qu'il y a une grande différence entre le contrat qui constitue une donation et celui qui n'est qu'une donation déguisée. Ce dernier est nul, et l'autre est confirmé, excepté en ce qui contient la donation.

Par exemple, « Julien dit pareillement, par rapport à une vente, que, si elle est faite à vil prix, elle est nulle. Mais suivant Nératius, dont Pomponius ne condamne pas l'opinion, une vente faite entre mari et femme est nulle, dans le cas où le mari, n'ayant pas intention de vendre, aurait imaginé ce moyen de faire une donation. Et en effet, si ayant eu l'intention de vendre, il n'a fait que remettre à sa femme une partie du prix, la vente sera valable ainsi que la remise, si la femme n'en est pas devenue plus riche (2). C'est pourquoi, si le mari lui a vendu une chose qui valait environ quinze écus d'or pour cinq, mais qui n'en vaut plus que dix, elle devra lui en rendre cinq, parce qu'elle est devenue plus riche de cinq ».

On peut dire également, dans ce dernier cas, que la vente est nulle à la concurrence de la portion du prix qui a été remise, et qu'elle est valable pour le reste.

Ainsi l'a dit Pomponius : « Si deux esclaves valent chacun cinq pièces d'or, et que le mari les ait vendus à sa femme, ou la femme à son mari moyennant cinq, en vue de lui faire une donation, le mieux est de dire que les deux esclaves leur appartiendront en commun, sans avoir égard à la valeur de ces esclaves : mais quant à la portion du prix qui a été remise en vue de faire une donation, il n'est pas douteux qu'il ne soit permis à un mari et à une femme de se faire vente l'un à l'autre au prix qu'ils voudront, pourvu qu'ils n'aient pas l'intention de se faire des donations ».

XVII. Mais « si un mari a vendu à sa femme, ou une femme à son mari, au prix que valait la chose, et qu'il ait été convenu

(1) Une femme peut recevoir des gages pour sa dot, encore qu'elle ne puisse pas recevoir de garans.

(2) En effet, comme nous allons bientôt le voir, les donations entre mari et femme ne sont révocables qu'à la concurrence de ce dont le donataire en est devenu plus riche.

præstet : videndum est quid de ea venditione agatur; utrum res vænierit, et totum negotium valeat; an vero ut ea sola pactio irrita sit; quemadmodum irrita esset, si post contractam emptionem, novo consilio inito, id pacti fuisset actum? Et verius est pactum duntaxat irritum esse ». *d. l.* 31. §. 4.

« Idem dicemus, si donationis causa pacti sint, ne fugitivum aut erronem præstent (1) : id est, integras esse actiones ædilitias, et ex empto ». *d. l.* 31. §. 5.

XVIII. Indirectam etiam donationem continere potest negotium quo res æstimatæ in dotem dantur, si iniquo pretio æstimentur.

Hinc, « si res æstimata, post contractum matrimonium donationis causa approbetur (2); nulla est æstimatio : quia nec res distrahi (3) donationis causa potest, quum effectum inter virum et uxorem non habeat. Res (4) igitur in dote remanebit. Sed si ante matrimonium, magis est ut in matrimonii tempus collata donatio videatur; atque ideo non valet (5) ». *l.* 12. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Ulp. *lib.* 34. *ad Sab.*

Igitur « si maritus æstimationem rerum quas in dotem accepit, dicat se donationis causa auxisse; remedium monstravit imperator noster cum Divo patre suo, rescripto cujus verba hæc sunt:» Quum donationis causa pretium auctum affirmes; qui super ea re cogniturus erit, si pecuniæ modum recusaveris, ipsa prædia restitui debere, sumptuum deductis rationibus, arbitrabitur ».

« In arbitrio igitur mariti erit, quid præstitum malit. Idem juris est, et si e contrario mulier de minore æstimatione queratur. Nec aliud in commodato æstimato dato observari solet; ut Pomponius, libro 4 Variarum, lectionum scribit ».*l.* 7. §. 5. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

XIX. Denique prohibetur quidquid fecerit omiseritve conjux, ut alterum conjugem cum suo damno locupletaret.

---

(1) Id est, ne venditor teneatur de vitio fugæ circa servum venditum.

(2) Scilicet, si probetur virum, ut donaret uxori, majori quam per erat pretio res in dotem æstimatas accepisse; vel uxorem, ut donaret viro, res in dotem minori quam par erat pretio dedisse.

(3) Æstimatio est venditionis quædam species : ut vid. supra, *lib.* 23. *t.* 3. *de jur. dot. n.* 49. Atqui, ut modo vidimus, venditiones quæ donationis animo factæ sunt, non valent : ergo nec talis æstimatio.

(4) *Res* ipsa; non ejus duntaxat æstimatio.

(5) Æstimatio dotis incipit effectum habere demum tempore matrimonii. *d. n.* 49. *tit.* 3. *de jur. dot.* Ergo si donationem continet, est donatio collata in tempus matrimonii, quæ non valet; ut vid. supra, *n.* 3.

entre eux, pour se faire une donation, que l'acheteur ne paierait rien, il faut examiner si la vente sera valable, et si la convention le sera également, ou si la convention sera seule frappée de nullité, comme elle le serait effectivement dans le cas où, après s'être de nouveau concertés à cet égard, cette convention n'aurait eu lieu qu'après la vente. Le mieux est de dire que la convention seule est nulle ».

« Il en sera de même si, pour faire une donation, l'un des deux vend un esclave fugitif ou vagabond à l'autre sans le lui garantir (1), ou s'ils conviennent que les actions édilitiennes et de l'achat ne pourront être invoquées ».

XVIII. On peut faire aussi une donation indirecte, en estimant les choses données en dot moins qu'elles ne valent.

C'est pourquoi, « s'il est prouvé qu'après le mariage, la dot a été mal estimée pour faire une donation (2), l'estimation est nulle, parce qu'une donation déguisée sous la forme d'une vente est nulle (3) entre mari et femme. La dot reste donc formée de la chose (4); mais si l'estimation a eu lieu avant le mariage, le mieux est de la reporter au tems du mariage, et de dire encore qu'elle est nulle (5) et de nul effet ».

C'est pourquoi, « si un mari, dans l'intention de faire une donation à sa femme, dit avoir augmenté le prix auquel on avait estimé ce qu'il avait reçu en dot, notre empereur et son père ont décidé ce qu'il y avait à faire dans ce cas, par un rescrit en ces termes : « Puisque vous affirmez avoir augmenté l'estimation de la » dot de votre femme pour lui faire une donation, celui qui con- » naîtra de cette affaire jugera que vous devez rendre la chose en » nature, déduction faite des fruits perçus, à moins que vous n'ai- » miez mieux payer la somme convenue en argent ».

« Le mari a donc le choix à cet égard. Il en sera de même si la femme conteste l'estimation de ses biens dotaux, comme faite au-dessous de leur valeur; et, suivant Pomponius, il faut observer le même principe par rapport à l'estimation d'une chose prêtée ».

XIX. Enfin la défense comprend tout ce qu'a fait ou negligé de faire un des époux pour enrichir l'autre à ses dépens.

---

(1) C'est-à-dire, que le vendeur ne sera pas tenu de ces vices par rapport à l'esclave.

(2) S'il est prouvé que le mari, pour faire une donation à sa femme, a estimé la chose donnée en dot plus qu'elle ne valait, ou que la femme, pour donner à son mari, a estimé au-dessous de sa valeur l'objet de sa dot.

(3) L'estimation est une espèce de vente, comme on l'a vu *liv.* 23, au titre qui traite *du droit de la dot*, *n.* 47. Or, comme on vient de le voir, les donations déguisées sous la forme de ventes, sont nulles. Une pareille estimation l'est donc comme ces ventes.

(4) De la chose elle-même, et non de son estimation.

(5) L'estimation de la dot a son effet du jour du mariage. Si donc elle contient une donation, cette donation remonte à l'époque du mariage, et est nulle, comme on l'a vu *n.* 3.

Unde Ulpianus « Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem; verum post divortium condici posse (1) ». *l.* 5. §. 6. *ibid. lib.* 32.

Similiter, « si uxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summoveri voluerint, facta a judice absolutione valebit quidem sententia; sed condicetur ei cui donatum est ». *d. l.* 5. §. 7.

Ita tamen aliquid omittendo videor donare conjugi, si sic principaliter efficiam ut acquirat : secus si alia est causa principalis cur acquirat, et ego quid omittendo efficiam duntaxat ne prohibeatur ex illa causa acquirere.

Hinc, « Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque juris erit, si is qui in potestate viri erat, credens se patrem familias (2) esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis ipsius mulieris scientia (3). Propius est ut nullum acquisitioni dominii ejus afferat impedimentum : non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factæ acquirere prohibitæ sunt (4) ». *l.* 44. Nerat. *lib.* 5. Membran.

Articulus II.

Quæ donationes inter conjuges prohibitione non contineantur ?

Prohibitione non continentur donationes inter virum et uxorem, quæ conferuntur in tempus soluti matrimonii ; quales sunt illæ

(1) Ut restituatur; quia donationis causa fecit ut eam amitteret.

(2) Secus, si sciret se esse in potestate.

(3) Legendum cum interrogatione : *an possessio interrumpetur, quia, etc.* Enimvero scientia et patientia viri, qui patitur rem suam retineri ab uxore quæ pariter scit eam esse viri, nonne videntur continere donationem hujus rei uxori a viro factam ? Sed *propius est, etc.*

(4) In hac specie, rem quidem ex bonis viri mulier constante matrimonio acquirit ; sed non ex causa donationis ullius ipsi a viro factæ ; verum ex causa donationis ab extraneo factæ quam secuta est donatæ rei traditio et continuatio possessionis per tempus legitimum. Hæc donatio ipsi ab extraneo facta et traditio ex hac causa secuta dederunt causam acquisitioni ; vir omittendo rem suam vindicare, non magis prohibuit rem a muliere acquiri, quam fecit ut acquireret.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si un mari ou une femme cesse de jouir d'une servitude dans l'intention de donner, suivant moi, la servitude s'éteindra ; mais après le divorce on accordera action pour la faire revivre (1) ».

De même, « si un mari ou une femme, dans la vue de faire une donation, ont consenti à être repoussés par une exception, le jugement aura son effet ; mais on donnera action contre le donataire ».

Cependant un époux n'est censé faire une donation à l'autre en négligeant un droit, qu'autant que cette négligence a été la cause principale des avantages que le donataire en a retirés. Il en serait autrement dans le cas où il y aurait eu une autre cause principale, et où la négligence n'aurait fait que de ne pas empêcher que ces avantages n'aient lieu.

C'est pourquoi, « si un étranger a donné à une femme une chose qui appartenait à son mari, sans que son mari, ni elle, ni le donateur le sussent, elle en acquerra régulièrement l'usucapion. Il en sera de même si celui qui était sous la puissance du mari, se croyant père de famille (2), a donné quelque chose à la femme de son père. Mais si le mari, apprenant que la chose lui appartenait, a pu la revendiquer avant l'usucapion, et ne l'a pas voulu, la possession en sera-t-elle interrompue si la femme le sait elle-même, parce que la connaissance de la femme a converti la donation de l'étranger en donation de son mari (3)? Il paraît qu'on doit plutôt dire que rien n'empêche que la femme n'ait acquis la propriété de la chose, la loi ne s'opposant point d'ailleurs à ce qu'une femme puisse acquérir les biens de son mari, mais seulement à ce qu'elle en reçoive des donations (4) ».

ARTICLE II.

Quelles donations entre mari et femme ne sont pas comprises dans la défense.

La défense ne comprend pas les donations entre mari et femme qui se reportent au tems du mariage dissous, telles que les dona-

(1) Parce qu'il l'a perdue pour faire une donation.

(2) Il en serait autrement s'il eût su qu'il était sous la puissance de son père.

(3) Il faut lire *an possessio interrumpetur, quia, etc.;* car en effet, le mari sachant que sa chose est retenue par sa femme, et le souffrant, et sa femme n'ignorant pas elle-même qu'elle retient la chose de son mari, il doit être censé y avoir donation du mari à la femme; mais *propius est, etc.*

(4) Dans cette espèce, la femme peut acquérir à la vérité durant le mariage, une chose provenant des biens de son mari ; mais ce n'est pas en vertu d'une donation qu'il lui a faite, mais bien en raison d'une donation à elle faite par un étranger qui l'a mise en possession d'une chose qu'elle a acquise par le tems de droit. Telles sont les causes de son acquisition ; et son mari, en ne revendiquant pas sa chose, a plutôt négligé d'empêcher sa femme d'acquérir, qu'il n'a déterminé la cause de son acquisition.

quæ mortis, aut etiam divortii vel exilii causa fiunt. Permittuntur etiam illæ ex quibus donator non fit pauperior; vel donatarius non fit locupletior; item natalitia et alia hujusmodi munuscula, quum modica sunt. Denique sustinentur illæ, quæ sunt quasi sequela alterius causæ, a qua separari non possint.

§. I. *De donationibus inter conjuges quæ fiunt mortis causa.*

XX. « Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt ». *l.* 9. §. *fin.* Ulp. *lib.* 32. *ad Sabin.*

« Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt ». *l.* 10. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

Nec interest quo tempore donatio fiat. Unde Fulcinium ita recte Neratius arguit : « Fulcinius, inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri (putabat), si donator justissimum mortis metum habeat. Neratius, sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet : quam juste, necne susceperit, non quærendum. Quod magis tuendum est ». *l.* 43. *ff.* 39. 6. *de mort. caus. donat.* Neratius, *lib.* 1. *resp.*

« Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt; sed tunc demum, quum mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

V. G. « servus uxori a marito, mortis causa donatus, mariti manet, ut et Juliano quoque videtur. Idem si accipiat libertatem simul et hereditatem, viro necessarius heres erit (1), nec sine libertate aliquid ei legari potest ». *l.* 76. *ff.* 28. 5. *de hered. instit.* Pap. *lib.* 15. *quæst.*

XXI. Sed quod dicitur, mortis causa donationem. Inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quæ hoc animo fit, ut res tunc fiat uxoris, vel mariti, quum mors insequetur; sed omnis mortis causa donatio ». *d. l.* 11. §. 1.

Valet igitur et illa quæ hac mente facta esset, ut res ex hac causa tradita statim fieret donatarii. Cæterum, non statim hunc effectum habebit, quemadmodum, si fieret inter alias personas; quandoquidem (ut diximus) non potest dominium ullius rei ex causa donationis in conjugem, vivo donatore et constante matrimonio, transferri : sed hujus donationis is effectus erit ut, si hæc donatio morte donatoris confirmetur, omnia perinde donatorium sequantur, atque si revera statim dominium ad ipsum fuisset translatum.

(1) Id est, adeo verum est hunc servum mariti manere, ut et *necessarius* ipsi utpote adhuc domino heres sit ; *nec sine libertate*, etc

tions à cause de mort, de divorce ou d'exil. Elle ne comprend pas davantage celles qui ne rendent pas le donateur plus pauvre, ou la le donataire plus riche, non plus que les petits présens de l'anniversaire de la naissance et autres semblables. Enfin l'usage confirme les donations qui sont les accessoires inséparables d'une cause pour laquelle il leur serait permis de se donner.

§. I. *Des donations que le mari et la femme se font à cause de mort.*

XX. « Il est reçu que le mari et la femme peuvent se faire des donations à cause mort ».

« Parce que les donations à cause de mort se reportent à un tems où ils cesseront d'être mari et femme ».

Il importe peu en quel tems de pareilles donations aient été faites. C'est pourquoi Neratius réfute ainsi Fulcinius : « Suivant Fulcinius, un mari peut faire une donation à cause mort en faveur de sa femme, ou une femme en faveur de son mari, quand ils ont des raisons de craindre une mort prochaine. Neratius prétend qu'il suffit qu'en se donnant, ils aient pensé à la mort, et qu'on ne doit pas examiner s'ils avaient ou n'avaient pas lieu de la craindre dans ce moment; opinion qui me semble être la plus saine ».

« Toutefois le donataire n'est propriétaire de la chose ainsi donnée qu'après la mort du donateur, et la propriété en reste toujours à celui-ci, sa vie durant ».

Par exemple, un esclave qu'un mari a donné à sa femme par donation à cause de mort, appartient toujours au mari, comme l'a pensé Julien. Il en est de même du cas où cet esclave aurait été affranchi et institué héritier, devenant alors héritier nécessaire du mari(1), on ne peut lui rien léguer qu'avec la liberté ».

XXI. « Toutefois, ce qu'on dit que les donations à cause de mort sont confirmées entre mari et femme, est si vrai que non-seulement il en est ainsi quand la chose donnée doit appartenir au donataire immédiatement après la mort du donateur, selon Julien, mais que ce principe est encore applicable à toute espèce de donation à cause de mort ».

Conséquemment, celle qui aurait été faite de sorte que la chose donnée appartînt sur-le-champ au donataire, serait également valable ; mais elle n'aurait pas sur-le-champ son effet, comme entre d'autres personnes, parce que, comme on l'a dit, la propriété d'aucune chose donnée entre mari et femme, ne peut être transmise durant le mariage, et l'effet de cette donation sera que si elle doit être confirmée par la mort du donateur, le donataire jouira de la chose comme si la propriété lui en eût été transmise par la donation.

(1) C'est-à-dire, il est si vrai que l'esclave restera au mari, qu'il sera héritier nécessaire du mari, comme lui ayant toujours appartenu, et que *sans la liberté rien ne, etc.*

V. G. « si mortis causa, inter virum et uxorem donatio facta sit; morte secuta, reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset ». *l.* 40. *ff.* 39. 6. *de mort. caus. donat.* Pap. *lib.* 29. *quæst.*

Hinc Javolenus : « Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, priusquam vir decederet, stipulatus est, in pendenti puto esse causam obligationis, donec vir aut moriatur, aut suspicione mortis propter quam donavit liberetur (1) : quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet (2) ». *l.* 20. *lib.* 11. *epist.*

Contra si donationis conditio defecerit; tam hac donatione, quam traditione quæ eam secuta esset, nihil actum erit.

Hinc Papinianus : « Uxor viro fructum fundi ab herede suo dari; et si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit. Defuncto viro viva muliere, stipulatio solvitur : ut traditio quæ, mandante uxore, mortis causa facta est. Nam quo casu inter exteros condictio nascitur (3), inter maritos nihil agitur ». *l.* 52. §. 1. *lib.* 9. *quæst.*

Hinc etiam, « si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit ».

« Plane in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur ». *l.* 11. §. 9. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

XXII. Quum rei mortis causa inter conjuges donatæ dominium nonnisi mortuo donatore transferatur; hinc Marcellus ait : « Placuisse scio Sabinianis, si filiæfamilias uxori maritus tradet, donationem ejus cum omni suo emolumento fieri, si vivo adhuc marito sui juris fuerit effecta (4) : quod et Julianus, libro 17 Digestorum, probat ». *d. l.* 11. §. 3.

---

(1) Id est, convaluerit. Nam convalescentia donatoris, revocantur donationes mortis causa.

(2) Scilicet ut, si donatio exitum habuerit, retro videatur ex hac servi stipulatione donatario acquisitum; sin donatio defecerit, nihil ei videatur acquisitum.

(3) Sensus est, quum ex causa donationis *mortis causa* inter exteros res tradita est, dominium transfertur, et ideo, si donatarius præmoriatur, conditio rei donatæ quasi causa non secuta nascitur. Quod si inter virum et uxorem res agatur, *nihil agitur* : traditio non transfert dominium; adeoque non condictioni, sed vindicationi locus est.

(4) Et postea maritus ejus moriatur. Ratio est quod, quum non possit do-

Par exemple, « s'il a été fait une donation à cause de mort entre mari et femme, cette donation se reportera au tems où elle aura été faite ».

C'est pourquoi Javolenus dit : « Si l'esclave que le mari avait donné à sa femme par donation à cause de mort, a stipulé avant la mort du mari; selon moi, l'obligation restera en suspens jusqu'au décès du mari, ou jusqu'à ce qu'il soit rétabli de la maladie pendant laquelle il avait fait la donation (1), et alors suivant l'événement, la stipulation subsistera ou sera eteinte (2) ».

Si, au contraire, la condition de la donation n'est pas remplie, cette donation et la tradition dont elle aurait été suivie seront également nulles.

C'est pourquoi Papinien dit : « Une femme avait chargé son héritier de donner à son mari les fruits d'un fonds de terre, ou de lui payer une somme d'argent. Le mari étant décédé avant la femme, la stipulation est éteinte, comme aussi la tradition faite en vertu du mandat de la femme; en effet, ce qui produirait action entre d'autres personnes, n'y peut donner lieu entre un mari et sa femme (3) ».

C'est pourquoi pareillement, « si une femme a donné à un autre ce que son mari lui avait donné à cause de mort, avant le décès de celui-ci, sa donation sera nulle, parce que la chose ne devait lui appartenir qu'au décès de son mari ».

« Toutefois, la tradition faite par la femme, tant que la condition n'est pas remplie, sera en suspens, dans le cas où la donation dont elle dépendait devrait se reporter au tems où elle aurait eu lieu ».

XXII. Comme la propriété de la chose donnée à cause de mort entre mari et femme, ne transmet la propriété qu'au décès du donateur : c'est pourquoi Marcellus dit : « Je sais que suivant les Sabiniens, si le mari d'une fille de famille lui avait fait donation et tradition de quelque chose, l'une et l'autre aura son effet dans le cas où elle deviendrait maîtresse de ses droits et actions du vivant de son mari (4); opinion que Julien a adoptée lui-même.

---

(1) C'est-à-dire, s'il est revenu en santé; car les donations à cause de mort sont révoquées par la convalescence du donateur.

(2) C'est-à-dire, si la donation a eu son effet, l'objet en est censé acquis à la donataire par la stipulation de l'esclave; sinon elle est censée n'avoir rien acquis.

(3) Le sens est que lorsque la chose donnée a été livrée en vertu de la donation à cause de mort, la propriété en est transférée entre les autres personnes; et que si le donataire meurt le premier, il en dérive une action de la chose donnée sous une condition qui n'a pas été remplie; mais que s'il s'agit de donation entre mari et femme, elle est nulle. La tradition ne transmettant point la propriété de la chose donnée, par conséquent il n'y a pas lieu à l'action personnelle, mais à l'action réelle.

(4) Et qu'ensuite son mari meure. La raison en est que la femme ne pou-

« Proinde et si uxor marito filiofamilias mortis causa tradat, et is sui juris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius fieri ». *d. l.* 11. §. 4.

« Per contrarium quoque, si uxor donaverit mortis causa patrifamilias marito, et mortis ejus tempore filiusfamilias inveniatur, patri erit nunc emolumentum quæsitum ». *d. l.* 11. §. 5.

Eadem dicenda sunt circa interpositam personam a donatario conjuge, quum non possit magis in eam dominium transferri nisi mortuo donatore.

Quando itaque non retro agatur donatio; emergunt (1) vitia, ut Marcellus animadvertit in specie hujusmodi : « Maritus uxori mortis causa donatum voluit; interposuit mulier filiumfamilias (2) qui a marito acciperet, eique traderet; deinde quum moritur maritus, paterfamilias invenitur: an valeat traditio? Et ait consequens esse dici traditionem valere; quia sui juris effectus est eo tempore ad quod traditio redigitur quum maritus moriebatur (3) ». *d. l.* 11. §. 2.

« Consequenter Scævola apud Marcellum notat : « Si servum interposuit mulier, ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur; tantumdem esse dicendum ». *d. l.* 11. §. 6.

Idem Marcellus tractat : Si is, qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere; quia debeat aliquo momento interposito (4) fieri, et sic ad mulierem transire; quod ita procedit, si ea cui donabatur, eum interposuit; non is qui donabat : porro si a marito (5) interpositus est, et res ipsius statim facta est (6); etsi ante mortem mariti

---

minium ex hac causa acquiri mulieri quandiu constat matrimonium, non potuit per illam patri acquiri, e cujus potestate exiit adhuc constante matrimonio.

(1) Sensus est : ex hac regula quam statuimus, non retrotrahi donationem, et eo demum tempore quo conjux donator moritur dominium transferri; *emergunt vitia*, id est, vitiantur quædam juris regulæ, puta, illa quæ dicit tempus contractus inspici debere.

(2) Puta, filium suum et donatoris.

(3) Adeoque tempus mortis inspicitur; non tempus contractus et traditionis, quo tempore pater in filium, quem in sua potestate habebat, nullum dominium transferre potuisset.

(4) Legendum est, *interpositi*; hoc sensu quod donatio debet, saltem aliquo momento, fieri ejus qui interpositus est.

(5) Qui donabat.

(6) Maritus non potest quidem transferre, constante matrimonio, domi-

« Ainsi nous pouvons incontestablement dire que si une femme fait une donation à cause de mort à son mari fils de famille, et que son mari ne soit plus sous la puissance de son père après la tradition, la chose donnée lui appartiendra ».

« Et réciproquement, si une femme donne à cause de mort à son mari comme père de famille, et qu'à son décès il se trouve fils de famille, la chose appartiendra à son père ».

Il faut appliquer le même principe à la personne interposée par l'époux donataire, puisque la propriété ne peut non plus lui être transmise que par la mort du donateur.

« C'est pourquoi quand les donations n'ont point d'effet rétroactif, alors d'autres règles se trouvent être violées (1), comme le remarque Marcellus dans l'espèce qui suit : Un mari voulant faire une donation à cause de mort à sa femme, celle-ci fit intercéder un fils de famille (2) pour la recevoir et la lui transmettre. A la mort du mari, le fils de famille était père de famille; la remise était-elle validement faite? Le jurisconsulte répondit qu'il était conséquent de dire que cette remise était valide, parce que ce fils de famille était réellement hors de puissance au tems où se reportait la donation, c'est-à-dire, à la mort du mari (3) ».

« Par conséquent, dit Scævola sur Marcellus, si cette femme eût fait intervenir un esclave pour recevoir et lui remettre la donation à cause mort; qu'il la lui eût remise étant encore esclave; mais qu'il se fût trouvé libre à la mort du mari, il faudrait encore décider d'après le même principe ».

« Marcellus examine encore si, dans le cas où celui qui serait intervenu, serait mort après avoir remis la chose à la femme, mais avant le mari, la donation ne serait pas nulle, la chose donnée ayant dû appartenir un moment à l'intervenant (4) avant de passer à la femme. Ce qui arrive quand c'est la femme qui interpose un individu quelconque, et non le mari. Ainsi, lorsque c'est le mari (5), et qu'il transmet la propriété (6), quand l'intervenant

---

vant pas acquérir la propriété de cette manière pendant la durée du mariage, son père n'a pas pu l'acquérir par elle, puisqu'elle était sortie de sa puissance, le mariage subsistant encore.

(1) Le sens est que la règle ci-dessus établie, que la donation n'a point d'effet rétroactif, et qu'elle ne transmet la propriété qu'à la mort du donateur, est contradictoire à quelques autres règles de droit, comme par exemple à la règle suivant laquelle on doit se reporter au tems du contrat.

(2) Tel que le sien et celui du donateur.

(3) Et par conséquent on se reporte au tems de la mort, et non à celui du contrat et de la tradition; tems auquel le fils se trouvant être sous la puissance de son père, n'était capable d'acquérir aucune propriété, même du chef de son père.

(4) Il faut lire *interpositi*, en ce sens que la donation doit transférer, au moins pour un moment, la propriété à la personne interposée.

(5) Qui donne.

(6) Le mari ne peut pas, durant le mariage, transmettre la propriété de

tradiderit et decesserit, traditio ejus egit aliquid (1) : ut tamen hæc traditio pendeat, donec mors sequatur ». *d. l.* 11 §. 7.

§. II. *De donationibus quæ fiunt inter conjuges divortii aut exilii causa; et an donationes mortis causa factæ, divortio aut exilio infirmentur?*

XXIII. 1°. Etiam « divortii causa donationes inter virum et uxorem concessæ sunt. Sæpe enim evenit uti propter sacerdotium (2), vel etiam sterilitatem *l.* 60. §. 1. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*); vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam, satis commode retineri matrimonium non possit ». *l.* 61. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. provinc.*

« Et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur ». *l.* 62. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

Julianus pariter ait : « Si divortii causa facta sit donatio, valere *l.* 11. §. 11. Ulp. *lib.* 32. *ad Sabin.* : Quæ tamen sub ipso divortii tempore, non quæ ex cogitatione quandoque futuri divortii fiat ». *l.* 12. Paul. *lib.* 7. *ad Sabin.*

« Sed si (ante divortium) mors sit insecuta, non videri factas res mulieris, quia donatio in alium casum (3) facta est ». *l.* 13. Ulp. *lib.* 32. *ad. Sabin.*

2°. Item, « inter virum et uxorem exilii (4) causa, donatio fieri potest ». *l.* 13. Paul. *lib. sing. regul.*

---

nium rerum suarum ad uxorem aut ad personam ab illa interpositam ; nihil autem obstat quominus ad eum qui non a muliere interpositus est, dominium transferre potuerit.

(1) Non id quidem egit ut statim ad mulierem dominium transferret, verum id egit, ut quandoque postea viro in eadem donandi voluntate moriente, tum ad illam dominium transiret.

(2) Apud ethnicos (ut observat Tertullianus, *lib. de monogam.*) *Cereris sacerdotes viventibus etiam viris et consentientibus, amica separatione viduantur.* Hoc et de quibusdam aliis sacerdotiis observat.

(3) Scilicet in casum divortii Quum igitur divortium viro morte prævento non intervenerit, adeoque conditio divortii sub qua donatio facta fuisse supponitur, defecerit, donatio non valet, et res ex hac causa uxori traditæ, ejus fieri non possunt.

(4) Id est, valet donatio qua conjux deportationis pœnam passurus, in eum casum uxori donat. Ratio dubitandi erat, quod quum deportatione bona mariti publicentur, et de his disponendi facultatem amittat, videbatur donatio in eum deportationis casum conferri non posse ; eo magis quod donationes inter cæteras personas etiam pure factæ ita valeant, quum donator pœna capitis affectus est, si sine suspicione pœnæ factæ sint : (*l.* 7. *ff.* 39. 6. *de mort. caus. don.*) Quomodo igitur, inquies, valere potest illa quæ expresse in illum pœnæ casum collata est? Ratio decidendi est favor matrimoniorum : inhumanum enim visum est ut conjux innocens nullam suæ in maritum observantiæ mercedem sperare, nullam a conjuge liberalitatem pro pudicitiæ suæ præmio consequi posset. Cæterum, ita demum donatio exilii causa facta valere potest, si hoc animo sint conjuges ut propter hunc exilii casum solvatur matrimonium. Enimvero sciendum est exilium in hoc a ser-

décéderait avant lui, sa remise serait valide (1); mais la propriété serait suspendue jusqu'à la mort du donateur ».

§. II. *Des donations entre mari et femme en cas de divorce ou d'exil, et si les donations à cause de mort sont infirmées dans ces mêmes cas d'exil ou de divorce.*

XXIII. 1°. « On permet aussi aux époux de se faire donation en cas de divorce; le mariage, ainsi qu'il arrive souvent, ne pouvant subsister dans certains cas, par exemple, si l'un des deux entre dans le sacerdoce (2), ou si la femme est stérile, si l'un des deux était infirme par vieillesse, ou par maladie, ou si le mari était obligé de partir pour les armées ».

« C'est pour cela qu'on peut divorcer à l'amiable ».

Julien dit également que « si une donation a été faite à cause de divorce, elle aura force et effet. Il faut cependant qu'elle soit faite en même tems que le divorce, et non en vue d'un divorce possible à l'avenir ».

« Et si la mort a précédé le divorce, la chose n'appartient point à la femme, parce qu'elle a été donnée pour une cause qui n'a pas eu lieu (3) ».

2°. « La donation pour cause d'exil (4) peut également avoir lieu entre mari et femme ».

---

ses biens à sa femme, ni à la personne interposée par elle; mais cela n'empêche pas qu'il ne la puisse transmettre à la personne interposée par tout autre.

(1) Toutefois elle ne ferait pas que la propriété fût transmise sur-le-champ à la femme; mais elle ferait que la propriété lui serait un jour transmise, le mari décédant sans avoir rétracté sa donation.

(2) Chez les payens, comme l'observe Tertullien, une femme divorçait à l'amiable, lorsque, du consentement de son mari, elle se faisait prêtresse de Cérès, du vivant même de son mari. Il observe qu'il en était encore de même de celles qui se consacraient au service de quelques autres divinités.

(3) C'est-à-dire, en cas de divorce. Le divorce n'ayant pas lieu à cause de la mort du mari, et la condition de la donation n'étant pas remplie, cette donation est donc nulle, et les choses données ne peuvent donc pas appartenir à la femme qui les a reçues pour une cause qui n'a point eu lieu.

(4) C'est-à-dire, la donation qu'un mari prêt à être déporté, a faite à sa femme à cause de sa déportation, est valide La raison de douter était que les biens d'un déporté devant être confisqués, il n'avait pas la faculté d'en disposer, et que sa donation ne pouvait pas se reporter au cas prévu ou possible de sa déportation, d'autant plus que les donations faites par d'autres personnes, ne valent qu'autant qu'ils les ont faites quand ils ne pouvaient pas soupçonner qu'ils seraient atteints d'une peine capitale. Comment donc, dira-t-on, celle qui est expressément reportée au cas de la peine, peut-elle valoir? La raison de décider est tirée de la faveur des mariages, et de ce qu'il serait trop rigoureux qu'une femme ne pût espérer aucune récompense de son attachement et de sa fidélité pour son mari. Au reste, une donation faite dans le cas de l'exil, ne peut valoir qu'autant que cet exil dissout le mariage. Et en effet, il faut savoir que l'exilé diffère de celui qui est réduit

XXIV. Jam vero quum divortii aut exilii, quemadmodum et mortis causa donatio valeat, Ulpianus quærit: « Si maritus uxori donaverit mortis causa, eaque diverterit, an dissolvatur donatio? Julianus scripsit infirmari donationem, nec impendere (1) ». *d. l.* 11. §. 10.

« Proinde et si mortis causa uxori donaverit, et deportationem passus est, an donatio valeat videamus (2)? Et alias placet, in casum deportationis donationem factam valere (3), quemadmodum in causam divortii. Quum (4) igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur, et nullum vitium mulieris incurrit (5), humanum (6) est donationem quæ mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari (7); tanquam si mortuo marito rata habeatur: ita tamen ut non adimatur licentia marito eam revocare;

---

vitute differre, quod exilium per se non solvet matrimonium, infra *tit.* 2 *de divort. n.* 1. Patet autem donationem inter conjuges valere non posse in eum casum quo adhuc duraret matrimonium.

(1) Id est, non jam in pendenti esse an morte donatoris confirmanda sit, sed omnino infirmari. Ratio est quia donationum mortis causa hæc natura est, ut omnino infirmentur donatoris pœnitentia; satis autem colligitur ac præsumitur hæc pœnitentia, ex divortio cui aliqua offensa causam dedit; et de tali divortio hæc lex accipienda est. Quod si bona gratia divortium factum esset, tali divortio non infirmaretur donatio; et donatore quandoque in eadem voluntate præmoriente, perinde confirmari posset ac si non intervenisset divortium; ut patet ex his quæ modo supra diximus.

(2) Ratio dubitandi est, quod regulariter ex capitali donatoris pœna, qualis est deportatio, infirmentur donationes mortis causa. *l.* 7. *ff.* 39. 6. *de mortis caus. donat.*

(3) Sensus est: *alias* vidimus placuisse et favore matrimoniorum obtinuisse, ut donationes quemadmodum in casum divortii, etiam in casum deportationis fieri possent. Hinc, satis evidenter colligitur non debere donationem inter conjuges, ex casu deportationis infirmari, in quem etiam potuissent expresse conferri.

(4) Ante hæc verba *quum igitur*, quædam supplenda sunt: puta; quod diximus donationem in casum deportationis factam valere (unde concludendum reliquimus, mortis causa factam non debere per deportationem infirmari), spectat casum quo deportatio mutat animum retinendi matrimonii, interdum autem non mutat. *Quum igitur hoc casu, etc.*

(5) *Nullum vitium*, id est, nulla culpa mulieris incurrit propter quam casus mariti debeat in illam redundare, et donationem illi factam vitiare.

(6) Dicit *humanum* est: nam summo jure aliter obtinere debet. Hoc enim jure, donatoris deportatione infirmantur donationes mortis causa: ut jam observavimus in nota (4), pag. 78 ad *h. l.* mox supra. Humanitas vero suasit, ut quum conjungi facta esset, non infirmaretur.

(7) Id est, non infirmari. Manebit igitur in pendenti, donec morte naturali mariti confirmetur; quemadmodum si deportatio non intervenisset.

XXIV. La donation à cause de divorce ou d'exil étant admise comme la donation à cause de mort, Ulpien examine « si la donation à cause de mort qu'un mari aurait faite à sa femme, ne serait pas annullée dans le cas où la femme aurait demandé le divorce, Julien pense qu'elle le serait, et qu'on ne peut hésiter à le décider ainsi (1) ».

« Voyons si enfin la donation à cause de mort qu'aurait faite à sa femme un mari qui depuis aurait été déporté, subsisterait (2). Nous avons vu que la donation à cause de déportation était valide (3) comme la donation à cause de divorce. Comme donc (4) la déportation ne dissout pas le mariage, et qu'elle n'a pas lieu par la faute de la femme (5), des raisons d'humanité doivent faire décider (6) que la donation originairement faite à cause de mort n'est pas plus annullée par cette espèce d'exil (7) que par la mort du

en servitude, seulement en ce que l'exil ne dissout pas le mariage par lui-même. Voy. ci-après, le titre qui traite *du divorce*, *n.* 1. D'où suit que la donation entre mari et femme en cas d'exil, ne vaut qu'autant qu'ils font divorce pour la même cause.

(1) C'est-à-dire, que la question de savoir si la donation sera confirmée par la mort du mari, ne reste point indécise, et qu'elle est annullée de droit. La raison en est que les donations à cause de mort sont essentiellement révoquées par le repentir du donateur, qui est assez présumé et prouvé par le divorce auquel quelque injure a toujours donné lieu, et que c'est de cette espèce de divorce qu'il faut entendre cette loi : mais si le divorce a eu lieu à l'amiable, il n'annulle pas les donations qui pourraient être confirmées par la mort du donateur, sans rétroaction, comme s'il n'y eût point eu de divorce, ainsi qu'on l'a vu par ce qui précède.

(2) La raison de douter est que les donations à cause de mort, faites par celui qui a été condamné à une peine capitale, telle que la déportation, sont régulièrement nulles.

(3) Le sens est : nous avons vu ailleurs qu'il a été décidé et reçu en faveur du mariage, qu'on pourrait faire des donations en cas de déportation comme en cas de divorce ; d'où suit assez évidemment que les donations à cause de déportation, qui se reportent à cet événement, ne doivent pas être nulles.

(4) Avant ces mots *quum igitur*, il faut en suppléer quelques autres, comme, *ce que nous avons dit, que la donation en cas de déportation était valide* (d'où nous avons laissé à conclure que la donation à cause de mort ne devait pas être annullée à cause de la déportation), se rapporte au cas où la déportation ne fait pas dissoudre le mariage ; ce qui arrive quelquefois. *Quum igitur hoc, etc.*

(5) C'est-à-dire, aucune faute de la part de la femme n'ayant donné lieu à la peine infligée à son mari, cette peine ne doit pas rejaillir sur elle, ni par conséquent vicier la donation qui lui avait été faite.

(6) Il dit *humanum est*, parce qu'en droit strict il en serait autrement, puisque de droit la déportation du donateur annulle les donations qu'il a faites à cause de mort, comme on l'a vu déjà ci-dessus sur cette loi ; mais que par humanité on a pensé que la donation faite par un mari à sa femme, ne devait pas l'être.

(7) N'est pas infirmée. Elle demeurera donc en suspens jusqu'à ce qu'elle soit confirmée par la mort naturelle du mari, comme s'il n'eût pas été déporté.

quia et mors ejus expectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem quando ab hac luce fuerit substractus, sive reversus (1), sive adhuc in pœna constitutus ». *l.* 13. §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

§. III. *De donationibus inter conjuges, ex quibus vel is qui donat non fit pauperior, vel donatarius non fit locupletior.*

XXV. « Ubicumque non diminuit de facultatibus suis qui donavit, valet : vel etiam si diminuat, locupletior tamen non sit qui accepit, donatio ». *l.* 5. §. 16. *v. ubicumque igitur.* Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

XXVI. *Prima species donationis.* « Quum igitur nihil de bonis erogatur, recte dicitur valere donationem ». *d. l.* 5. *d.* §. 16.

V. G. « sed et si, constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem ejus uxorem admitti ; quia etsi non (2) mortis causa donaretur ei, non impediretur usucapio. Nam jus constitutum (3) ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa (4) donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quæ (quia aliena est) usucapi potest ». *l.* 25. Terent. Clemens, *lib.* 5. *ad leg.* Jul. et Pap.

Hinc etiam, « si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa (5), Julianus scripsit, libro 17 Digestorum, donationem valere. Neque enim pauperior fit qui non acquirit ; sed qui de patrimonio suo deposuit. Repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato heres futura ». *sup. d. l.* §. 5. 13.

Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem : si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam ». *d. l.* 5. §. 14.

---

(1) In integrum restitutus.

(2) Quædam editiones non habent negationem ; sed rectior Florentina quam secutus sum. Species hæc est, ut ex fine legis liquet : in donatione mortis causa rei alienæ, ait Terentius posse uxorem *confestim* ante mortem viri rem usucapere ; quia etsi donatio non esset mortis causa, sed pura, posset usucapere ; et ratio est quia, quum hæc donatio (utpote rei alienæ) nihil diminuat ex substantia viri, non est prohibita, adeoque est justa causa quæ potest proficere ad usucapionem.

(3) Jus positivum quo donationes inter virum et uxorem prohibentur.

(4) Cujacius perperam legit : *licet non mortis causa.* Retinenda lectio ; vid. supra not. (2).

(5) Ut locum faciat mulieri quæ ipsi substituta est, aut ab intestato vocatur.

mari; bien que cependant le mari puisse toujours la révoquer, puisque pour qu'elle ait son entier effet, il faut toujours attendre son décès, soit qu'il reste sous la peine de l'exil, ou qu'il en soit libéré (1) ».

§. III. *Des donations entre mari et femme qui ne rendent ni le donateur plus pauvre, ni le donataire plus riche.*

XXV. La donation est valide toutes les fois que le donateur n'a pas diminué ses facultés en la faisant, ou que, quand il les aurait diminuées, il n'a pas augmenté celles du donataire ».

XXVI. *Première espèce de ces donations.* « Lorsqu'un mari n'a rien donné de ses biens, il faut dire que la donation doit subsister ».

Par exemple, « si, durant le mariage, le mari a donné à sa femme une chose qui ne lui appartenait pas, il faut dire que la femme est admise sur-le-champ à en acquérir l'usucapion, parce lors-même qu'il ne la lui aurait pas donnée à cause de mort (2), l'usucapion n'en aurait pas moins couru, puisque le droit positif (3) s'étend seulement aux donations par suite desquelles le mari qui donne devient plus pauvre, et la femme plus riche. C'est pourquoi la donation est censée avoir eu lieu entre étrangers, bien qu'elle soit faite à cause de mort (4), parce que la chose donnée est sujette à l'usucapion, comme n'appartenant pas au donateur ».

C'est d'après le même principe que « si un mari institué héritier renonce à la succession pour faire une donation à cause de mort (5), suivant Julien; la donation sera valide, parce qu'il ne devient pas plus pauvre en cessant d'acquérir, et qu'il faut pour cela qu'il donne quelque chose de son patrimoine. Mais la renonciation du mari ne profite à la femme qu'autant qu'elle lui est substituée ou héritière *ab intestat* ».

« Il en est de même s'il renonce à un legs, et qu'elle y soit substituée ou instituée héritière ».

---

(1) C'est-à-dire, restitué en entier.

(2) Cette négation n'est pas dans quelques éditions; mais celle de Florence que j'ai suivie, est plus correcte à cet égard. Voici l'espèce, comme on le voit par la fin de la loi. Térence dit que la femme à qui on a donné à cause de mort la chose d'autrui, en acquiert immédiatement l'usucapion, parce que quand on ne la lui aurait pas donnée à cause de mort, mais par donation pure et simple, il en serait encore ainsi; et la raison en est que cette donation, comme étant celle de la chose d'autrui, ne diminuant pas le patrimoine du mari, n'est pas prohibée; d'où suit qu'il y a une juste cause d'usucapion.

(3) Le droit positif qui prohibe les donations entre mari et femme.

(4) Cujas lit mal-à-propos *licet non mortis causa.* Il faut retenir la leçon.

(5) Pour faire place à la femme qui lui était substituée, ou qui était appelée à hériter *ab intestat.*

Consonat quod ait Pomponius: « Quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es, potes, rogatus a me, uxori meæ relinquere. Et non videtur ea esse donatio; quia nihil ex bonis meis diminuitur: in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur; non (quasi inter malevolos), ne alter locupletior fieret ». *l.* 31. §. 7. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*.

XXVII. *Secunda species donationis.* 2°. Valet donatio inter virum et uxorem, quum is qui accipit non fit locupletior.

Primum exemplum. Hinc Alexander: « Si fructus eorum prædiorum quæ in dotem accepisti, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus es, eosque uxor tua consumpsit; restitui tibi post divortium oportere, nulla ratione contendis. Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri ». *l.* 8. *cod. h. tit.* 5. 16.

Secundum exemplum. Hinc etiam « concessa donatio est sepulturæ causa; (nam sepulturæ causa locum ab uxore, vel contra, posse donari constat): et, si quidem mortuum intulerit, faciet locum religiosum. Hoc autem ex eo venit quod definiri solet; eam demum donationem impediri solere, quæ et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem. Porro hic non videtur fieri locupletior in ea re quam religioni dicavit. Nec movit quemquam quod emeret, nisi a marito accepisset. Nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset; non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit (1) ». *l.* 5. §. 8. Ulp. *lib.* 32. *ad Sabin.*

« Hæc res et illud suadet: Si uxori maritus sepulturæ causa donaverit, ita demum locum fieri intelligi mulieris, quum corpus humatur. Cæterum, antequam fiet religiosus, donantis manet (2). Proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris ». *d. l.* 5. §. 9.

« Secundum hæc, si uxori suæ monumentum purum maritus magni pretii donaverit, valebit donatio: sic tamen ut, quum fit religiosus, valeat ». *d. l.* 5. §. 10.

(1) Ita favorabiliter observatur in causa donationis inter conjuges. In cæteris autem causis, puta, quum quæritur an pupillus qui sine tutoris auctoritate contraxit, teneatur quasi locupletior; ex eo solo locupletior quis intelligitur, quod ex suo non expenderit quod alioquin necesse habuisset expendere.

(2) Nam si in uxorem dominium transiret, acquireret aliquid ex causa donationis, fieretque interim locupletior; quod jura non permittunt.

Ce qui s'accorde avec ce que dit Pomponius : « Vous pouvez à ma prière laisser à ma femme ce que vous proposez de me laisser à titre d'héritier ou de légataire. En vous en priant, je ne lui fais point une donation, parce que je ne diminue point mes biens; considération principale des anciens, afin de protéger les donations, selon Proculus, et afin que l'un des époux ne se dépouillât pas par amour pour l'autre, et que l'autre n'en abusât pas pour s'enrichir ».

XXVII. *Donations de la seconde espèce.* 2°. La donation entre mari et femme sera valide si celui des deux qui l'a reçue n'en devient pas plus riche.

Premier exemple. C'est pourquoi Alexandre dit : « Si vous avez souffert que votre femme perçût les fruits des biens qu'elle vous avait apportés en dot, et qu'elle les ait dépensés, il n'y a pas de raisons pour l'obliger à vous les rendre. Ce qui ne se peut qu'autant qu'elle en serait devenue plus riche ».

Second exemple. C'est aussi pourquoi « on a admis une donation pour cause de sépulture; car il est constant que le mari peut donner à sa femme, et la femme à son mari, un lieu de sépulture, et que celui qui y fait l'inhumation d'un mort rend ce lieu religieux. Mais cela vient de ce qu'on a coutume de décider que toute donation est valide quand elle ne rend ni le donateur plus pauvre, ni le donataire plus riche; et qu'en effet, on ne devient pas plus riche par la donation d'un lieu qu'on consacre à la religion. Personne n'a même pu croire qu'on puisse en douter, la femme l'ayant pu acheter si son mari ne le lui eût pas donné, puisque, encore qu'elle fût devenue plus pauvre en l'achetant, si son mari ne le lui eût pas donné, elle ne devient pas plus riche en ne l'achetant pas, dans le cas contraire (1) ».

« Ce qui a fait penser que si son mari avait donné un lieu de sépulture à sa femme, elle n'en était censée propriétaire que quand elle y avait fait inhumer un mort; que le bien appartenait toujours au donateur (2) tant qu'il n'était pas devenu religieux, et que jusques-là la vente qu'en ferait la femme serait nulle ».

« Par conséquent, si un mari a donné à sa femme un monument d'un grand prix encore vuide, la donation en vaudra seulement quand il sera devenu religieux ».

---

(1) Ce qui s'observe par faveur pour les donations entre époux : mais par rapport aux autres cas, comme par exemple quand il s'agit de savoir si un pupille qui a contracté sans l'autorisation de son tuteur, est obligé comme en étant devenu plus riche, il est censé devenu plus riche quand il n'a pas dépensé ses biens, et aurait dû en dépenser.

(2) Parce que si la propriété en passait à la femme, elle acquerrait par cette donation, et deviendrait plus riche dans l'intervalle; ce que le droit ne permet pas.

Sed et etsi ipsa (1) fuerit illo illata (2), licet morte ejus finitum est matrimonium, favorabiliter (3) tamen dicetur locum religiosum fieri », *d. l.* 5, §. 11.

XXVIII. Quemadmodum sepulturæ causa donationem valere vidimus; quia ex eis cui donatur non fit locupletior : « Proinde et si maritus ad oblationem dei uxori donavit; vel locum in quo opus publicum, quod promiserat, (4) faceret; vel ut ædem publicam dedicaret, fiet locus sacer. Sed, etsi quid ei det, ut donum deo detur, vel consecretur, dubium non est quin debeat valere. Quare et si oleum pro ea in æde sacra posuerit, valet donatio », *d. l.* 5, §. 12.

XXIX. *Tertium exemplum.* Simili etiam ratione, « nuper, ex indulgentia principis Antonini, recepta est alia causa donationis, quam dicimus *honoris causa :* ut ecce, si uxor viro lati-clavii (5) petendi gratia donet, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratia (6) ». *l.* 42. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

Unde Ulpianus : « Quod adipiscendæ dignitatis gratia ab uxore in maritum collatum est, eatenus ratum est, quatenus dignitati supplendæ opus est ». *l.* 40. Ulp. *lib.* 2. *resp.*

« Nam et imperator Antoninus constituit ut ad processus (7) viri uxor ei donare possit ». *l.* 41. Licinius-Rufinus, *lib.* 6. *regul.*

Consonat quod rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Si propriis habitis contractibus, quam acceperas mutuam pecuniam, pro marito donationis causa erogasti; quum hæc ad dignitatem profuerit, nec locupletior sit factus, intelligis nullam tibi contra eum competere actionem ». *l.* 21. *cod. h. tit.* 5. 16.

Similiter « Marcellus, lib. 7. Digestorum, quærit : Si mulier

(1) Uxor cui donatum est.

(2) Ante mortem viri donatoris.

(3) Nam subtilitate juris adversari videbatur, ut post mortem uxoris donatariæ inciperet valere donatio.

(4) Mulier.

(5) *Latus-clavius* erat purpura quæ supra vestem demittebatur in pectus senatorum : et erat dignitatis senatoriæ insigne; concedebatur tamen ex indulgentia principis aliquibus equitibus. (Cujac. *observ.* 12. 39.)

(6) *Ludorum* edendorum *gratia*, si forte erat in magistratu positus.

(7) Ut ad gradus militiæ promoveretur. Alii intelligunt de sumptibus quos interdum faciebant magistratus quum procederent in publicum, puta ad ludos : missilia spargebant in vulgus. (Vid. *l.* 2 et 4. *cod.* 12. 3. *de consul.*)

« Et même si elle (1) y a été déposée elle-même (2), encore que son mariage soit dissous par sa mort, on dira cependant, en faveur du mariage (3), qu'il est devenu religieux ».

XXVIII. Comme on a vu que la donation d'un lieu de sépulture était admise, parce que le donataire n'en devenait pas plus riche, « de même et par conséquent, si un mari a donné à sa femme un terrain, soit pour remplir un vœu fait à Dieu (4), soit pour y faire bâtir un édifice public, soit pour y faire construire un temple, ce lieu deviendra sacré; et s'il lui donne tout autre chose pour la consacrer à Dieu, il est hors de doute que la donation en sera confirmée, et par conséquent celle de l'huile qu'il lui aurait donnée pour en faire une offrande dans le temple qu'elle aurait fait bâtir ».

XXIX. *Troisième exemple.* Par la même raison encore « une autre espèce de donation que nous appelons à cause d'honneurs, a été admise par une faveur spéciale de l'empereur Antonin; comme, par exemple, « si une femme a fait à son mari une donation pour le mettre en état d'obtenir la pourpre sénatoriale (5), d'entrer dans l'ordre des chevaliers, ou de donner des jeux (6) ».

C'est pourquoi Ulpien dit: « La donation qu'une femme a faite à son mari pour le mettre en état d'acquérir une dignité, est valide en tant qu'il en avait besoin pour obtenir cette dignité ».

« Car l'empereur Antonin a permis à une femme de donner à son mari pour tout ce qui pourrait concourir à son avancement (7) ».

Ce qui s'accorde avec ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit: « Si vous avez dépensé l'argent que vous aviez emprunté, pour procurer des honneurs à votre mari, et dans l'intention de lui faire une donation, vous comprenez que, puisqu'il n'en est pas devenu plus riche, vous n'avez aucune action pour le répéter ».

« Marcellus dit également qu'on demande si la donation qu'a

---

(1) La femme à qui le monument a été donné.

(2) Avant la mort de son mari donateur.

(3) Car d'après la subtilité du droit, il semblait répugner que la donation eût son effet après la mort de la femme donataire.

(4) La femme.

(5) Par *latus-clavius*, on entend la pourpre que les sénateurs portaient sur la poitrine, et qui était la marque de leur dignité, mais que le prince accordait la permission de porter à quelques chevaliers.

(6) Pour donner des jeux, s'il était revêtu d'une magistrature.

(7) Pour qu'il parvînt aux grades militaires. D'autres entendent ces mots des dépenses que faisaient les magistrats quand ils représentaient en public, par exemple pour des jeux où ils jetaient de l'argent à la populace. Voy. *l.* 2 et 4. *cod. sur les consuls.*

acceptam a marito pecuniam in sportulas (1) pro cognato suo ordini erogaverit, an donatio valeat? Et ait valere, nec videri locupletiorem mulierem factam, quamvis mutuam pecuniam esset acceptura, et pro affine erogatura » *l.* 5. §. 17. Ulp. *lib.* 32. *ad Sabin.*

XXX. *Quartum exemplum.* Ex regula quam statuimus, donationem inter virum et uxorem valere ex qua is cui donatur locupletior non fit; sequitur etiam quod « manumissionis causa donatio facta valet; licet non hoc agatur ut statim ad libertatem, sed quandoque, perducatur ». *l.* 7. §. 9. Ulp. *lib.* 31. *ad. Sab.*

Similiter rescribunt Dioclet. et Maxim. : « Maritus manumissionis causa servum mulieri, constante matrimonio, donare potest ». *l.* 22. *cod. h. tit.* 5. 16.

Nota: « Proinde si, ut post certum tempus manumittat, uxori suæ tradidit; tunc demum ejus fiet, quum tempore impleto (2) manumittere cœperit. Quare antea manumittendo nihil agit (3). Nam (4) et illud sciendum est, si uxori quis suæ donaverit, ut intra annum manumittat, deinde non manumiserit ea intra annum, postea manumittendo nihil agi (5) ». *sup. d. l.* 7. §. 9.

Observa etiam quod « si, antequam servus manumittatur, morte aut divortio solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio : inesse enim conditio donationi videtur, ut manente matrimonio manumittatur ». *l.* 8. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

XXXI. Ex eo quod diximus donationem manumissionis causa factam tunc demum perfectionem suam accipere quum servus donatus manumittitur, duo sequuntur consectaria.

Primum : « Si eum uxori donet maritus, qui ejus erat conditionis, ne unquam ad libertatem perduci possit, dicendum est omnino nihil agi hac donatione ». *l.* 9. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

---

(1) Honorarium decurionatus, pro introitu a decurionibus dari solitum. Ita Budæus, *annot. in Pand.* et D. Noodt.

(2) Non ante; esset enim interim locupletior ex causa donationis; quod jura non permittunt.

(3) Nec enim manumittere potest servum qui nondum ejus effectus est.

(4) Pro *sed.*

(5) Quum vir uxori donat servum manumissionis causa; tunc demum ex hac causa dominium servi in uxorem transfertur, quum hunc servum ex lege donationis manumittit : eodem scilicet instanti hujus servi dominium ad uxorem transit et ab ea discedit per manumissionem. Quum autem mulier servum sibi donatum, *ut intra annum illum manumitteret*, demum post annum elapsum manumittit, non jam manumittit ex lege donationis quæ conclusa fuit intra annum qui elapsus est : non igitur consecuta est ejus servi dominium, quod consequi non potuit nisi eum manumittendo ex lege donationis. Ergo *nihil agit* manumittendo hunc servum, cujus dominium non est consecuta.

faite un mari à sa femme, d'une somme pour procurer à son parent (1) la dignité de décurion, est valide, et qu'il pense qu'elle l'est effectivement, parce que sa femme n'est pas censée être devenue plus riche, en empruntant de l'argent qu'elle a employé pour son parent ».

XXX. *Quatrième exemple.* De la règle que nous avons établie, que les donations entre mari et femme sont confirmées dès que l'époux donataire n'en est pas devenu plus riche, il suit aussi « que la donation à cause d'affranchissement doit valoir également, bien qu'elle ne produise pas la liberté sur le-champ, mais seulement dans un tems éloigné et incertain ».

C'est ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit. « Le mari peut, durant le mariage, donner à sa femme un esclave pour l'affranchir ».

Observation. « En conséquence, si un mari a donné à sa femme un esclave pour l'affranchir dans un tems déterminé, l'esclave n'appartiendra à la femme qu'au moment où elle l'affranchira (2); et si elle l'affranchit avant le tems prescrit, il ne le sera point (3), car (4) si un mari a donné un esclave à sa femme pour l'affranchir dans un an, et qu'elle ne l'ait pas affranchi dans cet intervalle, elle ne peut plus l'affranchir (5) ».

Il faut pareillement observer que « si le mariage se dissout avant que l'esclave soit affranchi, la donation en est nulle, parce qu'elle est censée faite sous la condition qu'il sera affranchi avant la dissolution du mariage par mort ou par divorce ».

XXXI. De ce que nous avons dit que la donation à cause d'affranchissement n'a son effet qu'autant que l'esclave donné est affranchi, résultent deux conséquences.

Première conséquence. « Si le mari donne à sa femme un de ces esclaves qui ne peuvent jamais devenir libres, la donation est nulle ».

---

(1) L'honoraire du décurionat, ce qu'un décurion avait coutume de payer pour son entrée en charge.

(2) Non avant, parce que dans l'intervalle la donation la rendait plus riche; ce que la loi ne permet pas.

(3) Parce qu'elle ne peut pas affranchir un esclave qui ne lui appartient pas encore.

(4) *Nam* pour *sed.*

(5) Lorsqu'un mari donne un esclave à sa femme pour l'affranchir, la propriété de cet esclave n'est transmise à la femme que quand elle l'affranchit en vertu de la donation, c'est-à-dire, qu'elle l'acquiert au même instant qu'elle le perd par l'affranchissement. Or, comme cette femme n'affranchit l'esclave qui lui a été donné à condition de l'affranchir dans l'année, qu'après l'expiration du tems fixé, elle ne l'affranchit pas dans l'intervalle de ce tems, et par conséquent elle n'en a pas acquis la propriété, laquelle ne peut lui être acquise qu'en l'affranchissant, suivant la condition de la donation. L'affranchissement de cet esclave dont elle n'a pas acquis la propriété, est donc nul.

Alterum, ex Papiniani sententia, consectarium infert Ulpianus in quæstione sequenti. Ita ille : « Uxori quis donavit servum; ita ut eum intra annum manumitteret. An, si mulier non obtemperet voluntati, constitutio D. Marci (1) imponat ei libertatem si vir vel vivit, vel etiam diem suum obierit? Et ait Papinianus, quum Sabini sit sententia recepta, qui putat tunc fieri servum ejus cui donatur quum cœperit libertas imponi, ideoque, nec si velit mulier, post exactum tempus possit manumittere, recte dici non esse constitutioni locum: nec voluntatem mariti posse constitutioni locum facere, quum proprium servum possit manumittere. Quæ sententia mihi quoque probatur, quia venditor, sive donator, non sibi vult legem imponi, nec potest, sed ei qui accepit. Dominii igitur penes se remanente, nequaquam effectum habebit constitutio ». *d. l.* 7. §. 8. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

XXXII. Circa donationes manumissionis causa factas unum superest observandum. Nimirum « si pecunia accepta mulier manumiserit, vel operas ei imposuerit : ait Julianus operas quidem eam licito jure impositurum, et tenere obligationem ; nec videri mulierem ex re viri locupletiorem fieri, quum eas libertus prestitit. Quod si pretium ob manumissionem acceperit mulier, et sic manumiserit : si quidem ex peculio suo dedit, nummos mariti (2) manere, sin vero alius pro eo dedit, fient nummi mulieris (3). Quæ sententia recte se habet ». *l.* 9. §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

XXXIII. *Quintum exemplum.* Quum donatio ex qua conjux non fit locupletior permittatur, hinc valet illa quæ fit conjugi tanquam interpositæ personæ, ut alteri licite donetur.

V. G. in ea specie. « Sulpicius Marcello. Mulier quæ ad com-
» munem filium volebat (qui in potestate patris erat) post mor-
» tem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mor-
» tem restituatur filio. Quæro an donatio tibi videatur ut nihil
» agatur? An valeat quidem; sed mulieri potestas detur, si volue-
» rit, eum repetere » ?

« Respondi : Si color vel titulus (ut sic dixerim) donationi quæsitus est, nihil valebit traditio ; id est, si hoc egit uxor ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus. Alioquin, si solo ejus ministerio usa est, et id egit, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium

(1) De qua in *tit.* 8. *qui sine manum.* infra, *lib.* 40.

(2) Quia peculium est in bonis mariti : nihil autem potest mulier acquirere ex bonis mariti quo locupletior fiat.

(3) Quum maritus non fiat pauperior.

La seconde conséquence est tirée par Ulpien, de l'opinion de Papinien sur l'espèce suivante : « Un mari a donné un esclave à sa femme, à condition de l'affranchir dans un an. Si elle ne l'a pas fait dans le tems prescrit, la constitution de Marc-Aurèle (1) le déclare-t-elle libre, soit que le donateur existe alors ou ait cessé d'exister? Papinien dit que, d'après l'opinion reçue de Sabinus, suivant lequel l'esclave donné pour être affranchi dans un tems donné, n'appartenant au donataire qu'à l'instant de son affranchissement, soit que la femme le veuille ou ne le veuille pas, elle ne peut plus l'affranchir après le terme fixé; que la constitution ne peut pas être invoquée, que la volonté du mari ne peut pas y donner lieu; et que lui seul peut l'affranchir. Sentiment que j'adopte moi-même, parce qu'un vendeur ou un donateur ne peut ni ne veut s'imposer une loi à lui-même, mais seulement à l'acheteur ou au donataire; d'où suit que la propriété restant au donateur, la constitution n'est pas applicable ».

XXXII. Il reste encore une chose à observer par rapport aux donations à cause d'affranchissement; savoir, que « si la femme a reçu de l'argent pour affranchir l'esclave qui lui a été donné sous cette condition, ou si elle lui a imposé des travaux, Julien dit qu'il est tenu de les exécuter, et que la femme n'est pas censée plus riche par la donation, lorsqu'il les lui promet; mais que s'il lui a promis de l'argent, et qu'elle l'ait reçu, cet argent appartient au mari, s'il provient du pécule de (2) l'esclave; et à la femme (3), si tout autre individu l'a fourni pour lui : opinion juste et fondée ».

XXXIII. *Cinquième exemple.* La donation dont l'époux donataire ne devient pas plus riche étant permise, celle qui est faite à l'époux comme personne interposée pour donner licitement à un autre, l'est donc par conséquent elle-même.

Par exemple, dans l'espèce qui suit : « Sulpicius à Marcellus : » Une femme a donné à son mari un fonds de terre qu'elle vou- » lait qui revînt à leur fils commun encore sous sa puissance, pour » que son mari le lui laissât à sa mort. Je vous demande si vous » pensez que la donation soit nulle, ou que dans le cas où elle ne » le serait pas, cette femme peut répéter ce fonds de terre, si elle » le juge à propos ».

» Marcellus a répondu que s'il y avait titre ou couleur de donation (si on peut s'exprimer ainsi), la tradition était nulle; c'est-à-dire, dans le cas seulement où la femme aurait voulu que son mari profitât des fruits du fonds de terre; mais que si elle n'avait fait que se servir de son ministère pour le donner à leur fils, et

(1) Sur quoi voyez le titre qui traite *de ceux qui deviennent libres sans affranchissement*, ci-après, *liv.* 40.

(2) Parce que ce pécule est dans les biens du mari, et que la femme ne peut pas s'enrichir des biens de son mari.

(3) Parce que le mari n'en devient pas plus pauvre.

transiret : cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est, extraneo in hanc causam tradidisset »? *l.* 49. Marcellus, *lib.* 7. *digest.*

XXXIV. *Sextum exemplum.* Valet etiam donatio conjugi facta, quæ magis in sarciendo damno quod passus est, quam in lucro ipsi quærendo consistit : tanquam ex ea locupletior non videatur.

V. G. « quod si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum ædificii exstructio postulat ». *l.* 14. Paul. *lib.* 71. *ad ed.*

XXXV. *Septimum exemplum.* Permittuntur etiam illæ donationes inter virum et uxorem quæ in usu momentaneo alicujus rei consistunt : quasi non videatur donatarius hinc factus locupletior, quamvis donator pauperior extiterit rebus ex usu deterioribus factis.

Hinc Papinianus : « Res in dotem æstimatas, consentiente viro, mulier in usu habuit. Usu deteriores si fiant, damni (1) compensatio non admittitur ». *l.* 53. §. 1. Papin. *lib.* 4. *resp.*

Obiter nota quod « easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, quibus donationes ei a viro legatæ sunt (2) : quum ejusmodi species neque donari, neque auferri videatur ». *d.* §. 1.

Papinio suffragatur Pomponius : « Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit, vel in ædibus ejus gratis habitaverit, valet donatio ». *l.* 18. Pomp. *lib.* 4. *ex variis lectionibus.*

Similiter, « si quas servi operas viri uxori præstiterint, vel contra, magis placuit nullam habendam earum rationem. *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes* ». *l.* 28. §. 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

---

(1) Non compensabitur doti, quam vir restituere debet, id quanti res ex usu mulieris facta est deterior : nam mulier jure usa est, valetque donatio hujusce usus.

(2) Sensus est, uxorem, cui maritus legavit his verbis : *ea quæ uxori dedi, donavi, ei lego;* non posse contendere hoc legato contineri eas res quarum usum duntaxat maritus ipsi vivus permisit; quia earum usum permittendo, non videtur eas donare; non videntur a muliere ipsi auferri, sed ejus manent.

s'était réservé la faculté de révoquer cette donation, ou avait voulu que le fonds de terre fût remis à son fils, avec tout ce qu'il aurait produit, il n'y avait pas de raison pour qu'il n'en fût pas, comme si elle eût employé une personne étrangère, c'est-à-dire, comme si elle eût fait la tradition à tout autre ».

XXXIV. *Sixième exemple.* La donation faite par un époux à l'autre, est valide lorsqu'elle est faite plutôt dans la vue de réparer une perte qu'il a éprouvée, que pour lui faire quelque avantage, parce qu'alors elle ne le rend pas plus riche.

Par exemple, « si une femme a donné à son mari une somme d'argent pour faire rebâtir sa maison qui avait été incendiée, cette donation est valide jusqu'à la concurrence de ce que la maison coûtera à rebâtir ».

XXXV. *Septième exemple.* Il est encore permis à un époux de faire à l'autre des donations qui consistent dans l'usage momentané de quelque chose, parce que ce dernier n'est pas censé en devenir plus riche, encore que le premier puisse devenir plus pauvre par la détérioration résultant de l'usage de la chose.

C'est pourquoi Papinien dit : « Une femme a eu l'usage de choses données en dot, après estimation, et en a usé du consentement de son mari ; si elles ont été détériorées par l'usage qu'elle en a fait, on n'aura point égard à cette détérioration (1) ».

Il faut observer « qu'une femme ne peut pas réclamer comme données les choses que son mari lui a léguées, prétendant en être légataire au même titre que son mari les a reçues et recueillies, parce que cette manière de léguer ne contient ni donation antérieure, ni rétractation de celle qui aurait existé (2) ».

Pomponius confirme l'opinion de Papinien à cet égard. « Si un mari s'est servi, comme en ayant l'usage, des esclaves ou des vêtemens de sa femme, ou une femme de ceux de son mari, ou si l'un a habité gratuitement la maison de l'autre, la donation de cet usage est valide ».

De même, « si les esclaves d'un époux ont fait des travaux pour l'autre, il a été décidé qu'il n'en serait pas tenu compte ; et certainement la défense de donner ne doit pas être interprétée aussi rigoureusement entre époux qui se font des donations par attachement, et pour se préserver mutuellement de la misère, qu'entre des étrangers sans rapports, ou entre des personnes ennemies ».

---

(1) On ne compensera pas cette détérioration sur la dot en la restituant, parce que la femme a usé de son droit ; et la donation d'un pareil usage n'est pas prohibée.

(2) Le sens est que la femme à qui son mari a légué ce qu'il lui avait donné, ne peut pas prétendre qu'il lui a donné les choses dont il ne lui a permis que l'usage, parce qu'il ne les lui avait pas données en lui en permettant seulement l'usage, et qu'il ne les lui ôte pas non plus, mais qu'il lui en laisse la propriété.

Quinetiam, eo casu quo tales operæ expresse donatæ non forent, dicendum tamen est, « si uxor lana sua, operis ancillarum viri vestimenta suo nomine confecit muliebria; et vestimenta mulieris esse, et pro operis ancillarum viro præstari nihil debere (1); sed viri nomine vestimenta confecta virilia, viri esse; ut is lanæ pretium uxori præstet. Sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem: quum illa valeat quam viri nomine confecit; nec unquam operas viri ancillarum æstimari convenit ». *l.* 31. §. 1. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

Unde Celsus : « Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus, in rem ejus impenderit vir, facti non juris est quæstio. Conjectura ejus rei ex modo et ex genere impensæ non difficilis est ». *l.* 47. *lib.* 1. *dig.*

XXXVI. *Octavum exemplum.* « Et si pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium (2) ». *l.* 18. *ff.* 42. 8. *quæ in fraud. cred.* Pap. *lib.* 26. *quæst.*

Obiter nota : « Quod sine dubio si in fraudem creditorum fiat, actione (3) utili revocabitur. Idemque est, si quivis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit ». *d. l.* 18

Ultimum exemplum. Non tanti etiam videtur commodum repræsentationis debitæ in diem pecuniæ, ut ex eo solo donatio intelligatur. Igitur « quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis præsens solvere potest; quamvis commodum temporis retenta pecunia sentire potuerit ». *l.* 31. §. 6. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

§. IV. *De natalitiis, aliisve munusculis, nec non de donationibus quæ alterius causæ sequela sunt, ut separari non possint.*

XXXVII. Xenia quæ kalendis martiis et saturnalibus mittuntur, inter conjuges permittuntur; modo sint modica.

---

(1) Vir enim has operas donasse præsumitur; et talis donatio valet.

(2) Id est, existimantium hoc non haberi pro donatione. Enimvero mulier debitrix cui pignus remittitur, non est locupletior ex hac donatione; quum tantumdem in ære alieno habeat, licet jam non sub pignore.

(3) *Pauliana* scilicet *in factum* actione, quæ datur ex edicto *quæ in fraudem creditorum, etc.* Vid. infra, *lib.* 42. *tit* 8.

Et même, quand de pareils travaux n'auraient pas été expressément donnés, il faudrait encore dire que « si une femme a fait faire de la laine destinée pour son usage et en son nom, des habits de femme par les esclaves de son mari, ces habits sont sa propriété, et elle ne doit pas en payer la façon à son mari (1); que si elle en avait fait faire des habits d'hommes pour son mari, ils appartiendraient à ce dernier, qui devrait lui payer sa laine; mais que si elle les avait fait faire pour elle, et les lui avait ensuite donnés, la donation serait nulle, puisqu'elle eût été valide, si elle les eût fait faire au nom de son mari, et qu'elle n'eût pas dû payer la main-d'œuvre de ses esclaves ».

C'est pourquoi Celse dit : « Ce n'est pas une question de droit que de savoir si le mari faisant l'affaire de sa femme, a dépensé pour elle comme remplissant son devoir de mari, mais une question de fait qui se décide facilement, d'après le genre et l'étendue de cette dépense ».

XXXVI. *Huitième exemple.* « Et si une femme a fait remise à son mari d'un gage qu'elle en avait reçu, ou réciproquement, on pense avec raison qu'il n'y a point de donation (2) ».

Observation. « Si cependant cette remise avait été faite en fraude des créanciers, il y aurait lieu à l'action Paulienne utile (3), et il en est de même de tout autre qui se dessaisirait d'un gage en fraude de ses créanciers ».

Dernier exemple. Il ne parait pas non plus qu'un époux ait fait assez d'avantage à l'autre en lui payant une dette avant son échéance, pour qu'il soit censé lui avoir fait une donation en cela seul. Or donc, « si un mari doit à sa femme une somme payable à un jour fixe, il peut la lui rembourser avant le terme, sans craindre de lui faire une donation, encore qu'il eût trouvé quelque avantage à attendre ce terme ».

§. IV. *Des étrennes et autres petits présens, ainsi que des donations qui sont la suite inséparable d'autres donations.*

XXXVII. Les présens d'usage aux calendes de mars et aux fêtes de Saturne, sont permis entre époux, pourvu qu'ils ne soient pas considérables.

---

(1) Car le mari est censé avoir donné ces travaux, donation qui est permise.

(2) C'est-à-dire, il faut suivre l'opinion de ceux qui pensent que cette remise n'est pas regardée comme une donation. En effet, une femme qui doit à son mari, ne devient pas plus riche parce qu'il lui fait remise du gage qu'il en avait reçu, puisqu'elle lui doit encore tout ce qu'elle lui devait, et le lui doit seulement sans gage.

(3) C'est-à-dire, à l'action Paulienne en fait, qui est accordée en vertu de l'édit *sur les choses données ou remises en fraude des créanciers, etc.* Voyez-après *liv.* 42.

Quod « si vir uxori munus immodicum kalendis (1) martiis aut natali (2) die dedisset, donatio est (3); sed, si impensas (4) quas faceret mulier quo honestius se tueretur, contra est ». *d. l.* 31. §. 8.

XXXVIII. Denique de conjugibus « generaliter tenendum est, quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere. Quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit; si separari non potest, nec donationem impediri (5) : si separari possit, cætera valere; id, quod donatum sit, non valere ». *l.* 5. §. 2. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

ARTICULUS III.

Circa nonnullas species quæritur an donationem inter conjuges contineant?

XXXIX. *Species prima.* Non est donatio quum mulier dat promittitve aliquid viro in pensationem onerum matrimonii quæ debet sustinere.

Hinc, « si uxor viro dotem promiserit, et dotis usuras, sine dubio dicendum est peti usuras posse; quia non est ista donatio, quum pro oneribus matrimonii petantur ». *l.* 21. §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

XL. Vice versa, non est donatio si vir uxori det in pensationem alimentorum quæ ei debet exhibere. V. G. recte ei dat annum aut menstruum, non aliter tamen quam si in vicem alimentorum datum fuerit.

Hinc, circa usuras dotis ab uxore debitas, addit Ulpianus :

---

(1) Ut viri Saturnalibus, ita fœminæ martiis kalendis munera accipiebant. Hinc Martialis.

Scis certe (puto) vestra jam venire
Saturnalia, martias kalendas.
Tunc reddam tibi, Galla, quod dedisti.

Hinc has kalendas Juvenalis vocat *fœmineas* :

Munera fœmineis *tractat secreta kalendis.*
Satyr. 9.

(2) Munerum quæ natali die Romani a cognatis, amicis, et clientibus accipiebant, passim apud omnes auctores mentio.

(3) Prohibita : ergo si minus immodicum non sit, prohibitum non est.

(4) Id est, *si* ei donasset unde *impensas* faceret, *quo, etc.*

(5) Finge : Titius et uxor mea prædium commune vicinum prædio meo habent. Si iter vel actum per prædium meum, donaturus Titio concedere velim; quum non possim illud ipsi concedere, quin et uxori meæ concedam, valebit donatio servitutis uxori facta, quia non potest separari ab ea quæ fit Titio.

Car « si un mari fait un présent extraordinaire aux calendes de mars (1), ou à l'anniversaire de sa naissance (2), c'est une donation (3); mais il en sera autrement s'il lui donne ce qu'elle aurait acheté elle-même (4), pour s'entretenir d'une manière plus honorable ».

XXXVIII. Enfin, par rapport aux époux, « il faut tenir en général que les donations qu'ils se font directement ou indirectement sont nulles; que si la donation est mixte, et qu'elle se compose d'objets étrangers aux biens et aux personnes des conjoints, elle aura force et effet, dans le cas toutefois où l'ensemble de la chose serait inséparable (5); qu'il en est autrement dans le cas contraire, et que tout ce qui est donation entre eux est nul ».

BODLEIANA

ARTICLE III.

De quelques espèces où l'on examine s'il y a donation entre mari et femme.

XXXIX. *Première espèce.* Il n'y a point donation quand une femme donne ou promet quelque chose à son mari, pour fournir aux charges du mariage qu'il doit supporter.

C'est pourquoi, « si une femme promet à son mari sa dot et les intérêts de cette dot, il faut dire sans hésiter qu'il peut exiger ces intérêts, parce que ce qui est donné pour soutenir les charges du mariage ne constitue point une donation ».

XL. Réciproquement, un mari ne fait pas une donation à sa femme, en lui faisant une pension pour les alimens qu'il lui doit. Par exemple, il peut lui donner une somme par an ou par mois, pourvu que ce soit à titre de pension alimentaire.

C'est pourquoi Ulpien ajoute, par rapport aux intérêts de la dot dus par la femme : « mais que dira-t-on si le mari a consenti à

---

(1) Les femmes recevaient des présens aux calendes de mars, comme leurs maris aux fêtes de Saturne. C'est pourquoi Martial dit : « Vous savez, je » pense, Galla, que vos Saturnales viendront, et je vous rendrai ce que » vous m'avez donné aux calendes de mars ». Juvénal appelle aussi ces calendes, *les calendes des femmes.*

« C'est à l'époque des calendes, que les femmes reçoivent sor» crétement les présens d'usage ». *satyr.* 9.

(2) Il est souvent fait mention dans les auteurs, des présens que les Romains recevaient au jour de leur naissance, de leurs parens, de leurs amis et de leurs cliens.

(3) Défendue ; d'où suit qu'un présent modique ne l'est pas.

(4) C'est-à-dire, s'il lui avait donné pour fournir à des dépenses que, etc.

(5) Supposons que Titius et ma femme aient en commun une terre voisine de la mienne. Si je veux donner gratuitement un passage ou un chemin par la mienne à Titius, ne le pouvant pas sans les donner également à ma femme, la donation sera valide comme inséparable de celle que j'aurai pu faire à Titius.

« Quid tamen si maritus uxori petitionem earum remiserit (1)? eadem erit quæstio, an donatio sit illicita? Et Julianus hoc diceret; quod et verum est. Plane si convenerat uti se mulier pasceret, suosque homines; idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret: expeditum erit. Puto enim non posse ab ea peti quasi donatum, quod compensatum est ». *d.* §. 1. *v. quid tamen.*

Quum autem vir uxorem ipse alit, non valet donatio annui, quamvis eam falso alimentorum nomine prætexuerit. Hoc docet Julianus:

« Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat, interque eos convenerat ut mercedes ejus fundi vir uxori annui nomine daret. Deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat; eaque, quum mercedes ejus fundi deberet, decesserat; et filiam suam solam heredem reliquerat; et divortium factum erat. Vir deinde petebat a muliere mercedes quas mater debuerat. Placuit exceptionem mulieri dari non debere; ac si inter se et virum non convenisset ut hæ mercedes sibi alimentorum nomine darentur: quum futurum sit ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur. Nam quod annui nomine datur, species est donationis ». *l.* 22. *ff.* 23. 4. *de pact. dotal. lib.* 2. *ad Urs. Feroc.*

In speciem autem donationis non cadit annuum; sive præstetur ut revera hinc se alat mulier, sive in vicem alimentorum, quæ jam de suo sibi exhibuit.

Nam « illud constat; si antequam a viro annuum acciperet mulier, ipsa de suo aut etiam mutuata impenderit, videri tantum jam ex annuo consumptum ». *l.* 28. §. 6. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

XLI. Uxori in ipsius alimenta videtur præstitum non solum si in propria, sed si in ipsius familiæ alimenta donatum sit.

Hinc Antoninus Theodoræ cuidam rescribit: « Fructus prædiorum in dotem datorum, si secundum pactum sumptibus tuis tuorumque servierunt, repeti non posse ambigere non debes ». *l.* 2. *cod.* 5. 14. *de pact. convent. tam sup. dot.*

Quod diximus in speciem, donationis non cadere quod præstatur in alimenta familiæ uxoris, accipe de ea familia quæ sit in communi usu, non ejus quæ sit uxori peculiaris.

Hinc Scævola, « item quum quæreretur de cibariis mancipiorum, respondit: Tempore quidem concubinatus data cibaria repeti

(1) Hæc remissio usurarum dotis viro debitarum, est annui cujusdam donatio; quam hic definit non valere, nisi facta sit in vicem alimentorum mulieris.

ne pas demander ces intérêts (1)? Il y aura encore lieu à examiner si cette donation est illicite : et Julien dirait avec raison, qu'elle ne l'est point si la femme s'était chargée de s'alimenter, ainsi que ses esclaves, et que son mari fût convenu de la laisser jouir de sa dot à cet effet, parce que, comme je le pense aussi, on ne peut pas répéter contre elle comme donné, ce qui est compensé par ce qu'on lui devait ».

Mais lorsque le mari alimente lui-même sa femme, la donation d'une pension est nulle, bien que faite sous le prétexte d'alimens. C'est ce qu'enseigne Julien.

« Un mari avait reçu un fonds de terre en dot de sa femme, et il avait été convenu entre eux qu'il lui en abandonnerait les loyers à titre de pension annuelle. Il avait loué ce fonds de terre à la mère de sa femme ; la mère étant décédée sans avoir payé le prix de la location, laissait pour unique héritière sa fille, et il avait fait divorce. Le mari demandait à sa femme les loyers qui étaient dus par sa mère. Il fut décidé que la femme n'avait aucune exception à opposer, et que s'il n'avait pas été convenu entre le mari et la femme que ces loyers seraient abandonnés à cette dernière à titre d'alimens, ce serait confirmer une donation entre époux, parce que faire une pension annuelle, c'était faire une donation ».

Mais il n'y a pas de donation dans une pension annuelle faite, soit pour fournir aux alimens futurs, ou pour indemnité de ceux que la femme s'est déjà fournis.

Car « il est constant que si une femme a dépensé de ses deniers, ou de sommes empruntées, avant de recevoir la pension que lui devait son mari, elle a dépensé une portion égale de cette pension ».

XLI. On est censé avoir payé à une femme pour ses alimens, non-seulement ce qu'on lui a fourni pour les siens propres, mais ce qu'on a fourni pour ceux de ces esclaves.

C'est pourquoi Antonin dit dans un rescrit adressé à une certaine Théodora : « Vous devez regarder comme certain que vous ne pouvez pas répéter les fruits des biens que vous avez apportés en dot, si vous les avez dépensés, en vertu d'une convention, pour votre entretien et celui de vos esclaves ».

Ce que nous avons dit, que tout ce qui était donné à une femme pour son entretien et celui de ses esclaves ne pouvait être censé constituer une donation, s'entend des esclaves dont l'usage est commun, non de ceux qui ne servent que la femme.

C'est pourquoi Scævola dit : « Comme il s'agissait d'alimens fournis aux esclaves, j'ai répondu qu'on ne pouvait pas répéter

(1) Cette remise des intérêts de la dot, dus par la femme au mari, est celle d'une dette annuelle qu'on décide nulle, à moins qu'elle ne soit faite pour cause d'alimens.

non possunt; sed nec tempore matrimonii, si ea mancipia uxoris in communi usu fuerint ». *l.* 58. §. 1. *lib.* 2. *resp.*

Pariter Pomponius : « Quæ vir cibaria uxoris familiæ jumentisve præstiterit quæ in usu communi erant, non condicentur. Quod si familiam domesticam uxoris aut venalitiam pavit (1); contra puto observari debere ». *l.* 31. §. *fin.* Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

XLII. Viatica non secus ac alimenta, sunt dotis onus quum mulier voluntate viri iter facit.

Unde Ulpianus : « Si quis pro uxore sua vectigal, quod in itinere præstari solet, solvisset, an, quasi locupletior esset ea facta, exactio fiat? an vero nulla sit donatio? Et magis puto non interdictum hoc, maxime si ipsius causa profecta est. Nam et Papinianus, libro 4 Responsorum, scripsit vecturas uxoris et ministeriorum ejus virum itineris sui causa datas repetere non posse. Iter autem fuisse videtur viri causa, et quum uxor ad virum pervenit. Nec interesse an aliquid de vecturis in trahendo matrimonio convenerit : *Non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit.* Ergo et si, consensu mariti, profecta est mulier propter suas necessarias causas, et aliquid maritus expensarum nomine ei præstiterit, hoc revocandum non est ». *l.* 21. Ulpianus, *lib.* 32. *ad Sab.*

XLIII. Quod hactenus diximus, valere, quod vir uxori donat pro alimentis, tanquam hoc non sit donatio, duas limitationes patitur.

Primo enim « ex annuo vel menstruo quod uxori maritus præstat (2), tunc quod superest revocabitur, si satis immodicum est; id est, supra vires dotis ». *l.* 15. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Altera limitatio est, ut eorum annuorum donatio hactenus valeat, ut data condici non possint; non vero ut promissa peti possint.

Hinc ita rescribit Gordianus : « Sicut cessat petitio quantitatis, quam de suo maritus uxor in menses singulos, vel annos singulos proprii usus ejus gratia promittit; ita et ex ea causa nummis solutis erogatisque, non dari repetitionem manifestum est». *l.* 11. *cod. h. t.* 5. 16.

Similiter « illud recte dictum Celsus ait : Si dotis usuras annuas uxor stipulata sit, licet ei non debeantur, quia tamen quasi

(1) Vir scilicet.

(2) Vice alimentorum, ut supra : alias nulla esset donatio.

ceux qui avaient été fournis pendant le tems du concubinage, ni même ceux qui l'avaient été depuis le mariage, si le mari et la femme avaient en commun l'usage des esclaves ».

Pomponius dit également : « Le mari ne peut pas répéter ce qu'il a fourni pour alimenter les esclaves et nourrir les animaux de sa femme avec qui il en partageait l'usage ; mais je pense qu'il en doit être autrement s'il a nourri (1) et alimenté ceux qui servaient exclusivement à sa femme, ou dont il faisait un commerce séparé ».

LXII. Les dépenses de voyage sont, comme les alimens, charges de la dot, lorsque la femme voyage du consentement du mari.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si un mari a payé pour sa femme les péages dus sur la route, pourra-t-il les répéter parce que sa femme en sera devenue plus riche, ou la donation en sera-t-elle nulle ? Je pense que cette donation n'est pas prohibée, surtout si la femme voyage pour le mari, parce que Papinien dit que le mari ne peut pas répéter les frais de voiture de sa femme et de ses esclaves qui voyageaient pour lui. Une femme est censée voyager pour son mari quand c'est pour se rendre auprès de lui, et il est indifférent qu'il ait été fait mention ou non des frais de ce voyage dans le contrat de mariage, parce que fournir à des charges nécessaires, n'est pas faire une donation. Si donc une femme a fait un voyage du consentement de son mari, même pour des affaires qui la concernaient, et qu'il en ait payé la dépense, en tout ou en partie, il ne pourra pas la répéter ».

XLIII. Ce que nous avons dit jusqu'ici, que tout ce que le mari a fourni à sa femme pour alimens ne constituait point une donation, souffre néanmoins deux restrictions.

Car, premièrement, « le mari ne peut répéter que ce qu'il a donné de trop à sa femme, comme pension annuelle et mensuelle (2) ; en raison de sa dot ».

Secondement, la donation de ces pensions annuelles est valide en proportion de la dot, à l'effet d'en exclure la répétition pour ce qui a été payé, mais non à l'effet d'autoriser la femme à exiger ce qui lui a été promis pour l'avenir.

C'est pourquoi Gordien dit dans un rescrit : « Comme une femme ne peut pas exiger de son mari ce qu'il a promis de lui donner par an ou par mois pour ses besoins personnels ; de même il ne peut pas répéter ce qu'il a payé en vertu de cette promesse ».

C'est ainsi que « Celse dit et avec raison qu'il a été décidé que si une femme a stipulé les intérêts annuels de sa dot, encore qu'ils

(1) Le mari.

(2) Pour ses alimens, comme ci-dessus ; car autrement la donation serait nulle.

de annuo convenerit, peti quidem dotis judicio non possunt; compensari (1) autem possunt. Idem ergo dicemus in qualibet pactione annui nomine facta ». *l.* 28. §. 7. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Interdum tamen mulieri etiam petitio dabitur ejus quod in causam alimentorum aut viatici vir ipsi promisit; scilicet si mulier tantum de suo impendit.

Hinc Papinianus in specie sequenti : convenit ut mulier viri sumptibus, quoquo iret, veheretur; atque ideo mulier pactum ad (2) litteras viri secuta, provinciam in qua centurio merebat, petit. Non servata fide conventionis, licet directa actio nulla (3) competi, utilis tamen in factum danda est ». *l.* 26. §. 3. *ff.* 23. 4. *de pact. dotal.* Papin. *lib.* 4. resp.

XLIV. Viatica, alimenta, nec non annua eo nomine uxori a viro data, non cadere in speciem donationis vidimus.

Contra, « si uxor marito annuum versa vice præstiterit, restituetur ei hoc, et poterit vindicare id quod extat. Credo, poterit et condicere ei in quantum locupletior factus est; quia non tam solenne est annuum quod maritus uxori pendit, et quod uxor marito præstat : imo incongruens est, et contra sexus naturam (4) ». *l.* 33. §. 1. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

XLV. *Species secunda.* Donatio inter conjuges non videtur, si conjux illi rei quam ante nuptias donavit, aliam non majoris pretii constante matrimonio substituat.

Hinc Scævola : « Si prædia et mancipia Seiæ data effecta sint ejus tempore concubinatus, ac postea tempore matrimonii, alii acceptis reddita sunt; quid juris est? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, negotium (5) potius gestum videri, quam donationem intervenisse ». *l.* 58. *lib.* 2. resp.

---

(1) Id est, si vir hoc datum condicere velit, excludetur : et compensabitur hoc datum cum alimentis quæ, quum vir uxori præstare deberet, ipsa mulier sibi exhibuit aut est exhibitura ex eo dato.

(2) Græci legunt, *ac litteras;* scilicet quibus vir jubebat eam venire.

(3) In hac specie (inquit Cujacius) nuda pactio est, non contractus innominatus : nec enim vir promittit dare mulieri ut quid faciat; ut veniat ad se; sed simpliciter promittit, *quocumque ibis, dabo.* Quum tamen æquum non sit mulierem quæ litteras viri secuta sumptus fecit, decipi, recurritur ad generalem actionem *in factum*, subsidiariam actionis *de dolo.*

(4) Nam vir quum in hoc dotem accipiat, alimenta uxori debet; non vero uxor viro.

(5) Id est, contractum, scilicet permutationem.

ne lui soient pas dus, cependant, attendu qu'on est convenu de les lui payer, elle peut les faire compenser (1): bien qu'elle n'ait pas l'action de la dot pour les exiger. On doit donc dire la même chose de toute promesse de pension annuelle».

Une femme peut néanmoins quelquefois demander ce qui lui a été promis pour ses alimens ou frais de voyage, comme lorsqu'elle n'a dépensé que de ses propres deniers à cet égard.

C'est pourquoi Papinien dit dans l'espèce suivante : « Il a été convenu qu'une femme ne voyagerait qu'aux frais de son mari, et cette femme a réclamé ceux qu'elle avait faits pour aller joindre son mari appelé à occuper une place de centurion en province, d'après ses lettres (2). A défaut d'inexécution de la convention de la part du mari, il faut accorder à la femme une action utile ne pouvant pas lui donner l'action directe (3) ».

XLIV. Nous avons vu que des frais de voyage, des alimens et des pensions annuelles, payés par le mari à sa femme, n'étaient pas des donations.

Et, au contraire, « si, réciproquement, une femme a payé une somme chaque année à son mari, il sera tenu de la lui rendre, et elle pourra la revendiquer à moins qu'elle ne soit dépensée. Je crois aussi qu'elle pourra l'actionner à cet effet, autant qu'il en sera devenu plus riche, parce qu'il n'est pas aussi décent qu'une femme fasse une pension annuelle à son mari, qu'il l'est qu'elle l'a reçoive de lui, et qu'il est inconvenant et même contre la nature de son sexe qu'elle la fasse à son mari (4) ».

XLV. *Seconde espèce.* Il n'est pas censé y avoir donation entre mari et femme lorsqu'une femme substitue une chose de même valeur à celle qu'elle avait donnée à son mari avant le mariage.

C'est pourquoi Scævola dit : « Que faut-il décider si Seia, après le mariage contracté, échange contre d'autres une maison et des esclaves que son mari lui avait donnés pendant leur concubinage? J'ai répondu sur cette question, que l'exposé offrait plutôt une affaire d'échange qu'une donation (5) ».

---

(1) C'est-à-dire, que si le mari actionne pour ce qu'il a payé, il sera débouté, et que ce que la femme a reçu, sera compensé avec ce qu'elle aura payé pour les alimens que son mari aurait dû lui fournir, ou passé en compte de ceux qu'elle se fournira à l'avenir.

(2) Les Grecs lisent *ac litteras*, c'est-à-dire, les lettres par lesquelles son mari ordonnait de venir.

(3) Dans cette espèce, dit Cujas, il y a un pacte nu, et non un contrat innommé, parce que le mari ne promet pas de donner à sa femme pour qu'elle fasse quelque chose, ni pour qu'elle vienne le rejoindre, mais simplement pour aller partout où il ira. Et comme il serait injuste qu'une femme fût trompée en faisant des dépenses sur les lettres de son mari, on vient à son secours par l'action générale en fait, qui supplée à celle du dol.

(4) Parce que le mari qui reçoit une dot pour alimenter sa femme, ui doit des alimens, et que sa femme n'est pas tenue de lui en fournir.

(5) C'est-à-dire, un contrat d'échange.

Quinetiam in specie sequenti : « Sponsus alienum annulum muneri misit, et post nuptias pro eo suum dedit. Quidam (ut Nerva) putant fieri eum mulieris; quia tunc factam donationem confirmare videtur, non novam inchoare. Quam sententiam veram esse accepi ». *l.* 36. §. 1. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

XLVI. *Species tertia.* Non videtur etiam donatio, quæ præcedentis donationis repensatio est. V. G. « si uxor nummis a viro, aut ab eo qui in ejus potestate esset, sibi donatis servum emerit, deinde quum ejus factus fuerit, eum ipsum donationis causa viro tradiderit; rata erit traditio, quamvis ea mente facta fuerit qua cæteræ donationes : neque ulla actio ejus nomine dari potest (1) ». *l.* 67. Labeo, *lib.* 2. *Pithanon a Paulo epitom.*

XLVII. *Species quarta.* Non videtur etiam donatio in specie sequenti : « Si quis rogatus sit, præcepta certa quantitate, uxori suæ hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit, Celsus, libro 10 Digestorum, scripsit, magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum, quam donase videri. Et rectam rationem huic sententiæ Celsus adjecit; quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant; nec de suo putant proficisci quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immerito sæpe credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse. Quæ sententia habet rationem, (et) magis in eo qui non erat deducta quarta rogatus restituere; et tamen integram fidem præstitit omisso senatusconsulti commodo. Hic enim vere fidem exsolvit, voluntatem testatoris obsecutus. Hoc ita, si non per errorem calculi fecit. Cæterum (2), indebiti fideicommissi esse repetitionem, nulla dubitatio est ». *l.* 5. §. 15. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

ARTICULUS IV.

Quæ donationes prohibeantur, nec ne, inter socerum et generum nurumve; uxorem, et liberos viri?

XLVIII. « Ex quibus causis inter virum et uxorem concessæ sunt donationes, ex iisdem et inter socerum et generum nurumve concessas Neratius ait. Ergo socer genero mortis (3) vel divortii causa donabit : sed et gener socero mortis suæ vel divortii causa ». *l.* 26. §. 1. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

(1) Ad eum repetendum.

(2) *Cæterum* pro *alioquin* : scilicet si per errorem calculi fecit.

(3) Mortis uxoris scilicet, non suæ; ut modo dicetur.

Et même dans l'espèce suivante : « Un fiancé avait envoyé à sa fiancée un anneau qui ne lui appartenait pas. Après le mariage, il lui en a donné en échange un qui était à lui. Quelques jurisconsultes, et Nerva lui-même, ont pensé que le dernier appartenait à la femme, parce que, en le lui remettant; son mari avait consommé la donation, au lieu d'en faire une nouvelle. Opinion qu'on m'a transmise comme juste et vraie ».

XLVI. *Troisième espèce.* Il n'y a pas non plus de donation dans la représaille d'une donation précédemment reçue. Par exemple, « si une femme a acheté un esclave d'une somme qu'elle avait reçue de son mari, ou de celui qui d'abord étant, a cessé d'être sous la puissance de son mari à qui elle en fait ensuite donation, cette donation sera confirmée, quoique faite dans le même esprit que les autres, et ne pourra donner lieu à aucune action (1) ».

XLVII. *Quatrième espèce.* Il n'y a pas davantage de donation dans l'espèce suivante : « Si un mari a été chargé de remettre à sa femme une succession sur laquelle il prélevera une certaine somme en vertu du fidéicommis, et qu'il la lui ait restituée sans en exiger cette somme; Celse dit, que ce mari est plutôt censé avoir fait un acte de bienveillance, qu'avoir fait une donation; et il en ajoute cette plausible raison, laquelle est qu'en pareil cas, on s'acquitte envers la confiance du défunt bien plus qu'on ne donne soi-même, que d'ailleurs, on ne donne pas du sien en rendant en entier la chose qu'on était chargé de rendre en partie, et que nous avons tout lieu de penser que le défunt a voulu qu'il en fût ainsi, bien qu'il ne nous l'ait pas ordonné; opinion fondée en raison, surtout par rapport à celui qui n'était pas chargé de restituer sauf déduction de la quarte, et qui a cependant restitué sans profiter de l'avantage du sénatusconsulte, parce qu'il a réellement rempli l'intention du testateur. Il en est ainsi surtout s'il ne l'a pas fait par erreur de calcul; mais (2) il est hors de doute qu'il y a lieu à la répétition d'un fidéicommis qu'on aurait indûment exécuté ».

ARTICLE IV.

Quelles donations sont prohibées entre le beau-père et son gendre ou sa bru, la femme et les enfans de son mari.

XLVIII. « Neratius dit que les donations sont permises entre le beau-père et le gendre ou la bru, dans les mêmes cas qu'entre mari et femme. Ainsi un beau-père peut donner à son gendre à cause de mort (3) et à cause de divorce, et réciproquement le gendre à son beau-père ».

---

(1) En répétition de l'esclave.

(2) *Cæterum* pour *alioquin*, c'est-à-dire, s'il l'a fait par erreur de calcul.

(3) C'est-à-dire, de la mort de la femme, et non de la sienne, comme on va bientôt le dire.

« Mortis autem suæ causa genero vel nurui socerum frustra donare convenit, quia, mortuo socero, nuptiæ non solvuntur. Nec interest an pater filium vel filiam exheredaverit, (sed) divortii species, (ab) eadem ratione, diversa est ». *l.* 53. Papin. *lib.* 4. respons.

XLIX. Quamvis uxor liberis qui sunt in potestate viri donare non possit, conceditur tamen ei ut pro communi filia dotem constituat.

Hinc, « sive uxor marito res donasset, isque eas in dotem pro communi filia dedisset; sive post donationem quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare : benigne dici potest, etsi prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem ». *l.* 34. Ulp. *lib.* 43. *ad Sabin.*

SECUNDA PARS.

De inutilitate donationum inter virum et uxorem et de his quæ inde consequuntur.

ARTICULUS I.

De traditionis ex causa donationis inter conjuges inutilitate ad transferendum dominium, et de vindicatione quæ donatori competit.

L. « Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est.

« Proinde, si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet ». *l.* 3. §. 10 Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

« Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est ». *d. l.* 3. §. 11.

« Sed si debitorem suum ei solvere jusserit, hic quæritur an nummi fiant ejus, debitorque liberetur? Et Celsus, libro 15 Digestorum scribit, videndum esse ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris. Nam etsi donatio jure civili non impediretur; eum rei gestæ ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret. Nam celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari. Cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. Nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Nam et si is qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit; a debitore tuo, jubente te, pecuniam acceperit : et furti actionem te habere constat, et ipsam pecuniam tuam esse ». *d. l.* 3. §. 12.

« Huic sententiæ consequens est quod Julianus, libro 17 Digestorum, scripsit : Si donaturum mihi jussero uxori meæ dare;

« Mais il est reçu qu'un beau-père ne pouvait pas donner pour cause de mort à son gendre ou à sa bru, parce que le mariage n'est pas dissous par le décès du beau-père, et il est indifférent à cet égard que le père ait déshérité son fils ou sa fille. L'espèce du divorce est différente par la même raison ».

XLIX. Bien qu'une femme ne puisse pas donner aux enfans de son mari qui sont sous sa puissance, cependant on lui permet de constituer une dot pour leur fille commune.

C'est pourquoi, soit qu'une femme ait donné à son mari une chose qu'il a donnée en dot à leur fille commune, soit qu'après la donation faite à son mari, elle ait souffert qu'il donnât la chose en dot à sa fille, on peut, suivant l'équité, et en faveur du cas, décider que, bien que la donation fût nulle, le second consentement de la femme a validé celle de la dot ».

SECONDE PARTIE.

De la nullité des donations entre mari et femme, et des conséquences qui s'ensuivent.

ARTICLE I.

De la nullité de la tradition des choses données entre mari et femme, pour en transmettre la propriété, et de la revendication qu'en peut faire le donateur.

L. « Il faut savoir que la donation entre mari et femme est tellement prohibée qu'elle est de plein droit réputée non avenue ».

« Par conséquent, si la donation consiste en une chose corporelle, la tradition reste absolument sans effet ».

« Si donc un mari a donné une somme d'argent à sa femme, cette somme ne peut être censée lui appartenir, parce qu'elle n'a évidemment reçu aucune propriété sur la chose donnée ».

« Mais s'il a ordonné à son débiteur de la lui payer, on demande si elle lui appartient, et si le débiteur est libéré. Celse dit, qu'il faut voir si le débiteur n'est pas libéré, et si la somme n'appartient pas au mari et non à la femme, parce que dans le cas où la donation n'aurait pas été prohibée par le droit civil, il serait arrivé que cette somme aurait passé du débiteur au mari, et du mari à sa femme, puisque deux actions conjointes se réduisent à une, et que le débiteur aurait payé à son créancier, et le créancier à sa femme. En effet, il est ordinaire qu'on reçoive réellement ce qu'on reçoit par un autre, et que si celui qui se disait faussement procureur de votre créancier, a reçu de votre débiteur par votre ordre, il est constant que la somme reçue vous appartient, et que vous avez l'action du vol contre ce faux procureur ».

« Il suit de cette opinion ce que dit Julien, que si j'ai mandé à celui qui devait me donner, de donner à ma femme, la donation

ait enim Julianus, nullius esse momenti. Perinde (1) enim habendum atque si ego acceptam et rem meam factam, uxori meæ dedissem. Quæ sententia vera est ». *d. l.* 3. §. 13.

« Idemque est et si mortis causa traditurum mihi, jusserim uxori tradere : nec referre, convaluerit donator, an mortuus sit. Neque existimandum est, si dixerimus valere donationem, non fieri me pauperiorem : quia sive convaluerit donator (2), condictione tenebor (3); sive mortuus fuerit (4), rem quam habiturus eram in bonis meis (5), desinam propter donationem habere ». *l.* 4. Jul. *lib.* 17. dig.

Consonat quod ait Scævola : « Si quod mihi mortis causa donare vellet, ego pure uxori donare velim, non valet quod uxori jubeo dari : quia illo convalescente, condictione teneor; mortuo autem, nihilominus pauperior sum; non enim habeo quod habiturus essem ». *l.* 56. *lib.* 3. quæst.

LI. Ex eo quod traditio rei, ex causa donationis inter virum et uxorem facta, non transfert ejus dominium, hæc sequuntur consectaria.

Consectarium primum : Si donatæ res extant, etiam vindicari poterunt ». *l.* 36. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Nota : « Sed quia causam possidendi donatio præstitit ; nisi reddatur res, æstimatio facienda est justo pretio (6) : caveriqué possidenti debebit de evictione (7) simpli, quanti ea res sit. Idque etiam Pedio videtur ». *d. l.* 36.

---

(1) Hæc objectio fieri poterat; valet donatio uxori facta ex qua vir non est pauperior : porro hic non videtur pauperior, quum non donet de suo. Hanc objectionem sic confutat : imo de suo donat : *perinde enim, etc.*

(2) Is scilicet, qui mihi donaturus, uxori meæ dedit.

(3) Erga illum; quasi acceperim quod jussu meo uxori dedit.

(4) Et sic donatio quam mihi mortis causa fecit, confirmata sit.

(5) Et quam per fictionem brevis manus intelligor habuisse.

(6) Jure singulari non permittitur marito, rem quam ex causa donationis tradidit vindicanti, jurare in litem. Debet ei sufficere si justum pretium recipiat : de se queri debet quod ipse causam possidendi uxori præstiterit, quum ei donavit.

(7) Regulariter petitor qui a possessore rem restituere nolente æstimationem litis recipit, non cavet ei de evictione : uxori autem jure singulari hoc casu cavetur, quia *res inter conjuges non sunt amare tractandæ* : supra *l.* 28. §. 2. *n.* 35.

est nulle, parce que c'est comme si j'avais reçu la chose (1), et qu'après en être devenu propriétaire, je l'eusse donnée à ma femme; et cela est vrai ».

« Il en serait de même si j'avais dit à celui qui devait me donner à cause de mort, de donner à ma femme, soit que le donateur fût ou ne fût pas revenu en santé, et indépendamment de ce qu'on pourrait dire que la donation serait valide, ne me rendant pas plus pauvre; parce que si le donateur était revenu en santé (2), je serais tenu de l'action (3); et que s'il était décédé (4), je n'aurais plus dans mes biens la chose que je devrais y avoir (5), l'ayant donnée ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Scævola, que « si je voulais donner purement et simplement à ma femme ce qu'un individu voudrait me donner à cause de mort, la donation que j'aurais fait faire à ma femme serait nulle, parce que le donateur revenant en santé, je serais tenu de l'action, et que s'il était décédé, je n'en serais pas moins plus pauvre, n'ayant pas dans mes biens ce que j'y aurais eu sans ma donation ».

LI. De ce que la tradition faite en vertu d'une donation entre mari et femme, ne transmet point la propriété, dérivent les conséquences que voici :

Premiere conséquence. « Si les choses données existent encore, elles seront même susceptibles d'être revendiquées ».

Observation. « Mais comme une donation est une cause de possession, à moins que la chose ne soit rendue, il faut l'estimer à sa juste valeur (6), et fournir caution de l'éviction à l'époux possesseur (7), laquelle caution sera de la simple valeur de son intérêt : tel est l'avis de Pedius ».

---

(1) On pouvait objecter que la donation dont le mari ne devient pas plus pauvre, est valide entre mari et femme, et que c'est ce qui arrive ici, puisqu'il ne donne rien du sien. Il réfute cette objection en prouvant le contraire, *puisque c'est comme si, etc.*

(2) C'est-à-dire, celui qui devant me donner, a donné à ma femme.

(3) Envers lui, comme ayant reçu ce qu'il aurait donné à ma femme par mon ordre.

(4) Et que la donation à cause de mort qu'il m'aurait faite, fût confirmée.

(5) Et que je serais censé avoir eue par *la tradition fictive.*

(6) Par un droit particulier, on ne permet pas au mari qui revendique la chose qu'il a livrée en vertu d'une donation, d'affirmer son estimation par serment en justice. S'il reçoit le juste prix de la chose, il ne peut se plaindre que d'avoir, par sa donation, fourni à sa femme une juste cause de possession.

(7) Régulièrement, le demandeur en recevant l'estimation du litige de la part du possesseur qui refuse de restituer, ne lui donne pas caution de l'éviction; mais par un droit singulier, on la fournit dans ce cas à la femme, parce que les choses ne se traitent pas à la rigueur entre les époux. Voy. ci-dessus, *l.* 28. § 2. *n.* 35.

Quinetiam, « de eo quod uxoris in ædificium viri ita conjunctum est, ut distractum alicujus usus esse possit, dicendum est agi posse; quia (1) nulla actio est ex lege XII Tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum ædificium conjunctæ essent. Paulus notat: Sed in hoc solum (2) agi potest, ut sola vindicatio, soluta re, competat mulieri; non in duplum ex lege XII Tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est ». *l.* 63. Paul. *lib.* 3. *ad Nerat.*

Pariter quum vir donationis causa tignum suum ædibus uxoris junxit, « Marcellus, libro 7 Digestorum, scribit etiam eum detrahere sine mulieris damno, et citra metum senatusconsulti (3) quod detrahentibus negotiationis causa occurrit (4) ». *l.* 45. Ulp. *lib.* 17. *ad ed.*

---

(1) Hic legendum *quamvis* pro *quia*; et paulo infra legendum *quia* pro *quamvis*. Hujusmodi menda non sunt infrequentia in Pandectis. Sensus est: *quamvis* regulariter non possit agi *ad exhibendum* aut *rei vindicatione*, eorum nomine quæ ædibus juncta sunt; tamen hoc casu agi potest: *quia* lex XII Tabularum quæ hoc inhibet, spectat casum quo tignum ædibus contra voluntatem domini junctum est; non vero hunc casum quo voluntate domini ex causa illicitæ donationis junctum est. Hanc porro Neratii sententiam in quo Paulus mox improbet, vide notam sequentem.

(2) Quod mox dixit Neratius, *agi posse* de eo quod ab uxore donatum maritus ædificio suo junxit, intelligit de actione *ad exhibendum* ut tignum solvatur etiam constante ædificio: alioquin frustra observasset loqui se de eo tigno *quod ita conjunctum est, ut distractum alicujus usus esse possit* mulieri. Nititurque Neratius ratione petita ex mente legis XII Tabul. quod scilicet lex quæ vetat *ad exhibendum* agi ut solvatur, simul dat actionem *in duplum* pretii pro eo quod dominus re sua invitus carere cogitur: *decemviros* autem *non sit credibile de his sensisse quæ voluntate* dominorum *junctæ essent.* Hoc notat Paulus, et, sententiam Neratii emendans, ait, *agi posse* tunc demum quum res soluta erit, id est, ædificium quandoque aliquo casu dirutum; agi autem non posse (ut vult Neratius) quandiu juncta manet.

Etsi enim Neratio hoc concedatur, legem XII Tabularum non de eo casu intelligendam esse, quo res voluntate domini juncta est; ratio tamen ejusdem legis, ne ædificia diruantur, eadem prorsus militat etiam in eo casu: quod sufficit ut tignum solvi non debeat. Sane (inquit Paulus) hoc decemvirorum menti congruere fatemur cum Neratio, ut actio *in duplum* ex lege XII Tabularum eo solo casu competat quo tignum furtivum est, aut saltem alieno ædificio junctum citra voluntatem domini. Hæc proinde *in duplum* actio non competit in hac specie, qua tignum *sciente domino inclusum est:* licet ipsi actio *ad exhibendum* debeat ex ejusdem legis mente et ratione denegari. Igitur una eo casu mulieri actio superest, et quidem *sola;* nimirum *re soluta vindicatio.*

(3) De quo infra ad titulos *de legatis. part.* 1. *art. fin.*

(4) Quum enim maritus ea detrahit ex ædificio uxoris cui ea donationis

Et même, il faut dire qu'il y a lieu à actionner pour la chose de la femme qui serait tellement jointe à l'édifice du mari, qu'en étant séparée, elle puisse être de quelque usage, bien qu'il n'y ait à cet égard aucune loi dans les douze Tables (1), parce qu'il n'est pas croyable que les décemvirs aient voulu parler de ceux qui ont consenti à ce que des choses qui leur appartenaient fussent jointes à l'édifice d'autrui, ainsi que l'observe Paul; mais on ne peut actionner (2) que pour mettre la femme à même de revendiquer sa chose après la destruction de l'édifice, et non pour le double de sa valeur, suivant la loi des douze Tables, parce qu'il n'y a pas de vol quand on a employé la chose d'autrui avec son consentement ».

Il en est de même lorsqu'un mari, pour faire une donation à sa femme, a employé ses propres matériaux dans la construction d'un édifice pour sa femme. « Marcellus dit qu'il peut les en retirer sans causer de dommage à sa femme, et sans violer les sénatus-consultes (3), dont les dispositions ne sont applicables qu'à ceux qui les retirent pour les mettre dans le commerce (4) ».

---

(1) Il faut lire *quamvis* au lieu de *quia*, et ensuite *quia* au lieu de *quamvis*. Ces sortes de fautes ne sont pas rares dans les Pandectes. Le sens est : bien qu'on ne puisse régulièrement agir ni en représentation ni en revendication pour ce qui a été joint à une maison, on le peut cependant dans ce cas, parce que la loi des douze Tables qui le défend, ne considère que le cas où les choses ont été jointes sans le consentement du propriétaire, et non celui où elles l'ont été en vertu d'une donation illicite et du consentement du donateur. Sur cette opinion de Nératius, qu'ensuite Paul condamne, voyez la note suivante.

(2) Ce que vient de dire Nératius, qu'on peut actionner pour ce que le mari a joint à son édifice comme donné par sa femme, s'entend ici de l'action en représentation de la chose et de sa séparation, l'édifice subsistant; car autrement il observerait en vain qu'il parle des matériaux qui, séparés, peuvent être de quelque usage pour la femme. Neratius s'appuie aussi sur la raison tirée des douze Tables, que la loi qui défend la disjonction des matériaux, donne l'action du double, parce que le propriétaire est privé malgré lui de sa chose, lorsque ce jurisconsulte dit qu'il n'est pas croyable que les décemvirs aient voulu parler des matériaux employés du consentement du propriétaire. Telle est la remarque de Paul qui, en corrigeant l'opinion de Neratius, dit qu'on ne peut actionner qu'après la disjonction des matériaux, c'est-à-dire, après la destruction de l'édifice, et qu'on ne le peut pas plutôt, comme le voudrait Neratius.

Car, bien qu'il accorde à Neratius que la loi des douze Tables ne s'entend pas du cas où les choses ont été jointes du consentement du propriétaire, cependant l'esprit de cette loi qui ne veut pas qu'on détruise les édifices, milite également pour ce cas. Certainement, dit Paul, nous convenons avec Neratius que l'intention des décemvirs n'a pas été de dire que l'action du double des douze Tables s'applique au cas où les matériaux ont été employés furtivement ou sans le consentement du propriétaire, et que par conséquent elle ne comprend pas dans ses dispositions, l'espèce dans laquelle ils ont été employés à sa pleine connaissance, quoiqu'on ne puisse pas lui accorder l'action en représentation d'après cette loi. La femme n'a donc, dans ce cas, que l'action en revendication après la disjonction des matériaux.

(3) Dont on parlera ci-après, aux titres *des legs*, *part.* I. *art. fin.*

(4) Car lorsque le mari retire ses matériaux de l'édifice de sa femme, où

LII. Consectarium secundum : Ex eo quod res ex causa donationis inter conjuges tradita maneat donatoris, sequitur fieri etiam ejus quidquid huic rei accedit.

Hinc, « si vir uxori aream donaverit, et uxor in ea insulam ædificaverit, ea insula sine dubio mariti est.

« Sed eam impensam mulierem servaturam placet. Nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensæ mulierem facturam ». *l.* 31. §. 2. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

Consectarium tertium : Ex eo quod res ex causa donationis inter conjuges tradita maneat donatoris, illud etiam sequitur : « Si id, quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit; ejus qui dedit, detrimentum est. Merito, quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit ». *l.* 28. Paul. *lib.* 7. *ad. Sab.*

Hoc ita quum citra dolum donatarii res extincta est.

Quod « si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi a marito donata; vel ad exhibendum, vel damni injuriæ cum ea agi poterit, maxime si post divortium id commiserit ». *l.* 37. Julian. *lib.* 17. digest.

LIII. Ipsa quidem res quæ causa donationis inter virum et uxorem tradita est, quandiu extat, manet donatoris et vindicari ab eo potest : at quod ex ea comparatum est, fit donatarii; nec vindicari a donatore potest.

Ita enim Gordianus : « Etsi de tua pecunia mancipia uxori tuæ comparata sunt; tamen si ei tradita sunt, eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet : pecuniæ autem tantummodo repetitionem habes; sive negotium ejus gerens numerationem fecisti; sive in eam donationem conferens quantitatem pretii largitus est. Etenim, vel in solidum (1), vel quatenus locupletior facta est (2), actione cum ea competenti experiri poteris ». *l.* 19. *cod. h. tit.* 5. 15.

Pariter Dioclet. et Maxim. : « Si filii tui emancipati, matris hereditatem sibi acquisierunt, proba apud præsidem provinciæ, non donandi animo te nomine uxoris tuæ prædia comparasse; sed no-

causa junxerat; ea detrahit usus sui causa duntaxat, non vero commercii causa, id est, non ex causa ullius venditionis aut donationis : adeoque non peccat in senatusconsultum quod prohibet eas demolitiones quæ fiunt promercii causa.

(1) Si ut negotium gerens numerasti.

(2) Si numerasti animo ei donandi; ut mox infra, *cod. h. tit.* 5. 16. vid. et infra, *art.* 3.

LII. *Seconde conséquence.* De ce que la chose livrée en vertu d'une donation entre mari et femme appartient toujours au donateur, il s'ensuit qu'il reste également propriétaire de tous ses accessoires.

C'est pourquoi, « si un mari a donné un terrain à sa femme, et qu'elle y ait bâti une maison, cette maison appartient incontestablement au mari ».

« Mais il est décidé qu'il doit restituer à la femme ce qu'elle a dépensé pour faire bâtir la maison; car en cas qu'il en poursuive la revendication, sa femme pourra toujours retenir les impenses qu'elle a faites ».

Troisième conséquence. De ce que les choses livrées en vertu d'une donation entre mari et femme appartiennent toujours au donateur, il s'ensuit encore que, «si la chose donnée a péri, ou a été dépensée, elle a péri pour le donateur : ce qui est juste, puisque la chose n'ayant point cessé de lui appartenir, lui seul a pu la perdre ».

Il en est ainsi, à moins que la chose n'ait péri par le dol du donataire ».

Car « si une femme a employé le dol pour que la chose que son mari lui avait donnée n'existât plus, il pourra intenter contre elle l'action en représentation, ou l'action en réparation de tort ou dommage, surtout si elle s'est rendue coupable de dol après le divorce ».

LIII. Tant que la chose livrée en vertu d'une donation entre mari et femme, existe en nature, elle appartient au donateur, et il peut la revendiquer; mais tout ce qu'elle a produit appartient au donataire, et ne peut pas être revendiqué par le donateur.

Car Gordien dit : « Quoique des esclaves aient été achetés de votre argent pour votre femme, s'ils lui ont été livrés, elle en a la propriété, et vous ne pouvez que répéter votre argent, soit que vous l'ayez avancé comme faisant son affaire, soit que vous le lui ayez donné à elle-même. En effet, vous pourrez intenter contre elle l'action pour le tout (1), ou pour ce dont elle sera devenue plus riche (2) ».

Dioclétien et Maximien disent également : « Si vos fils émancipés ont recueilli la succession de leur mère, prouvez au président de la province que ce n'était pas dans la vue de faire une donation à votre femme, que vous avez acheté des fonds de terre

---

il les avait employés pour lui en faire donation, il ne peut le faire que pour s'en servir, et non pour les vendre ou les donner à d'autres. C'est pourquoi il ne viole pas le sénatus-consulte, lequel défend les démolitions qui sont faites pour mettre les matériaux dans le commerce.

(1) Si vous avez payé les esclaves comme faisant son affaire.

(2) Si vous avez payé dans l'intention de lui faire une donation, comme on va le voir *l.* 16. *cod. h. tit.* Voy. aussi ci-après *art.* 3.

minis (1) duntaxat ejus titulo usum, per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominium esse effectum : ut, comprehensa (2) filiorum tuorum injuria, proprietatis jus incolume perseveret. Nam si largiendi (3) proposito id te fecisse constiterit, pecuniæ tibi persecutio competit (4) ». *l.* 16. *cod. h. d. t.*

Item, quum res donata in aliam speciem transit, fit etiam donatarii nova species. Hinc, « si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait ». *l.* 29. §. 1. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

« Utilem (5) tamen viro competere ». *l.* 30. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

« Sed si vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quamvis id uxori confectum fuerit, et uxoris cura, tamen viri esse : neque impedire, quod in ea re uxor tanquam lanipendia (6) fuerit, et viri negotium procuraret ». *l.* 31. Pomponius, *lib.* 14. *ad Sab.*

ARTICULUS II.

De inutilitate promissionis aut acceptilationis ex causa donationis inter conjuges factæ.

LIV. Vidimus traditionem ipsam inutilem esse ad transferendum dominium rei inter conjuges donatæ. A fortiori igitur « et si stipulanti promissum sit, vel acceptolatum, nihil valet. Ipso enim jure, quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt ». *l.* 3. §. 10. *v. et si.* Ulpianus, *lib.* 32. *ad Sab.*

Observa quod « si maritus duos reos habeat, Titium et mulierem; et mulieri accepto tulerit donationis causa, neuter liberatur : quia acceptilatio non valet. Et hæc Julianus, libro 17 Digestorum, scribit. Plane si mihi proponas Titio acceptolatum, ipse quidem liberabitur; mulier vero manebit obligata (7) ». *l.* §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

---

(1) Sed tibi ea te comparasse, quamvis instrumento emptionis nomen uxoris insertum sit.

(2) Id est, ut, intellecta a præside injuria quam tibi inferri volunt tui filii (dum hæc prædia quasi ex hereditate materna retinere volunt, quum sint tua et eorum emptioni mater eorum duntaxat nomen suum tibi accommodaverit) *proprietatis jus*, quod tuum est, *incolume* perseveret.

(3) Sed si proposito donandi uxori, revera ea prædia uxori comparasti.

(4) Non vero prædiorum quæ ex pecunia tua, quam perperam uxori donasti, ipsi revera comparata sunt.

(5) Non *directam* : quia lana quæ donata est, in novam vestimenti speciem transit; quæ species, si subtilitatem juris spectamus, non est viri.

(6) *Lanipendia* est quæ lanificis curam præbet, totiusque lanificii curam gerit. Cujac. *observ.* 9. 30.

(7) Acceptilatione quidem uni reo facta, correus liberatur. Verum hæc

en son nom; mais que vous les avez achetés pour vous, quoique sous son nom (1), et que vous en avez joui comme propriétaire par la tradition que vous en avez reçue du vendeur, afin que voyant l'injure que vos fils veulent vous faire (2), il vous y maintienne; car s'il demeure constant que vous vous êtes proposé de faire une donation à votre femme (3), vous ne pouvez répéter que votre argent (4) ».

Si la chose donnée a changé d'espèce, la nouvelle espèce appartient aussi au donataire. C'est pourquoi « Labéon dit que si un mari a donné de la laine à sa femme, et qu'elle en ait fait des habits, c'est à elle qu'ils appartiennent ».

« Mais qu'il a cependant une action utile (5) pour les réclamer ».

« Toutefois si un mari a fait de sa laine des habits à sa femme, ils lui appartiennent, encore qu'il les ait faits pour sa femme, et qu'elle ait présidé à tout le travail (6); car elle a fait en cela l'affaire de son mari ».

ARTICLE II.

De la nullité de la promesse, ou de l'acceptilation qui résultent d'une donation entre mari et femme.

LIV. Nous vaons vu que la tradition de la chose donnée entre mari et femme était nulle elle-même, à l'effet d'en transférer la propriété; à plus forte raison donc, « la promesse stipulée, ou l'acceptilation en sont nulles, parce que, de plein droit, tout ce qui a rapport à une donation entre mari et femme est de nul effet ».

Observez que « si un mari a pour codébiteurs Titius et sa femme, et qu'il fasse acceptilation à sa femme pour lui faire une donation, il ne libère ni l'un ni l'autre, parce que l'acceptilation est nulle; telle est en effet l'opinion de Julien, mais si l'on disait que l'acceptilation a été faite à Titius, il serait libéré, et la femme demeurerait seule obligée (7) ».

---

(1) Mais que vous les avez achetés pour vous, bien que le titre de l'acquisition porte le nom de votre femme.

(2) C'est-à-dire, que le président voyant l'injure que vos fils veulent vous faire, en persistant à retenir comme partie de la succession de leur mère, des fonds de terre qui vous appartiennent, et pour l'acquisition desquels elle n'a fait que prêter son nom, il vous en maintienne la propriété.

(3) Mais que vous les ayez achetés dans l'intention de les donner à votre femme.

(4) Et non des fonds de terre qui ont été en effet achetés pour votre femme, de l'argent que vous vouliez en vain lui donner.

(5) Et non directe, parce que la laine donnée a changé d'espèce en se transformant en habits, et la nouvelle espèce n'appartient pas au mari, selon la subtilité du droit.

(6) *Lanipendia* signifie celle qui fait travailler la laine.

(7) L'acceptilation faite, un de deux codébiteurs libère l'autre; mais cette

LV. Neque solum si vir ipse; sed et « si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur ». *d. l.* 5. §. 3.

Unde Julianus : « Vir uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei ut a debitore suo stipularetur. Illa, quum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit. Quæro utrum vir eam summam petere debeat, an ex ea promissione, propter donationis causam actio nulla esset? Respondi inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset; si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest; sed (1) si actiones suas marito præstare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur. Ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando (2) consequetur. Sed si pecunia non extat, et mulier locupletior facta est, maritus eam petet (3). Intelligitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest ». *l.* 39. *lib.* 5. *ex Minicio.*

Vice versa, nihil agitur non solum quum ipsi conjugi donationis gratia promitto, sed et quum alteri ejus jussu.

Hinc, « si uxor viri creditori, donationis causa, promiserit et fidejussorem dederit, neque virum liberari, neque muliere obligari, vel fidejussorem ejus, Julianus ait : perindeque haberi ac si nihil promisisset ». *sup, d. l.* 5. §. 4.

ARTICULUS III.

De condictione quæ donatori competit quatenus donatarius ex rebus donatis locupletior factus est.

LVI. « In donationibus jure civili impeditis, hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem extet res, vindicetur; si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est ». *l.* 5. §. 18. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

« Quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur. Ex quibus causis condictio nasci solet ». *l.* 6. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

---

regula exceptionem patitur, si lex aliqua impediat hunc correum liberari. Nec obstat quod dictum est supra, *n.* 38, sustineri donationem conjugi factam, si sit appendix alterius causæ *a qua separari non possit.* Nam quum Titium et uxorem meam correos debendi habeo, et Titio accepto fero, non ita commixta est causa liberationis uxoris cum causa liberationis Titii, quin ab ea possit separari : nil enim repugnat Titium liberari, uxore manente obligata.

(1) *Sed si* debitor ille *paratus sit præstare marito* hanc vindicationem suæ pecuniæ, se tuebitur adversus maritum, debitum petentem.

(2) Cessis actionibus.

(3) A muliere, *condictione sine causa.*

LV. Et non-seulement si le mari, mais encore « si le débiteur du mari a promis de l'argent par son ordre à sa femme, la promesse est nulle ».

C'est pourquoi Julien dit : « Un mari voulant donner de l'argent à sa femme, lui a permis de le stipuler de son débiteur. Sa femme ayant fait divorce avant de le recevoir, mais après l'avoir stipulé, on demandait s'il pouvait exiger cet argent, et si la promesse procédant d'une cause de donation n'était pas nulle. J'ai répondu que cette stipulation était nulle, et que si le débiteur l'ignorant, avait payé à sa femme, il pouvait revendiquer la somme, supposé qu'elle existât encore; mais que s'il était prêt à céder ses actions au mari (1), il aurait l'action du dol, et que par conséquent le mari serait fondé à revendiquer cette somme lui-même au nom de son débiteur (2); mais si elle n'existait plus, et que la femme en fût devenue plus riche, le mari pourrait la répéter (3), parce que sa femme serait censée devenue plus riche de ses biens, et que le débiteur avait l'exception du dol contre lui ».

Réciproquement, la promesse faite dans l'intention de faire une donation est nulle, non-seulement lorsqu'elle est faite à l'époux, mais encore lorsqu'elle est faite à un autre sur son mandat ».

C'est pourquoi, « si une femme a promis au créancier de son mari, et lui a donné un garant, Julien dit que cette promesse ne libère pas le mari, qu'elle n'oblige ni la femme, ni son garant, et qu'elle est comme non avenue ».

ARTICLE III.

De l'action qu'a le donateur à la concurrence de ce dont le donataire est devenu plus riche.

LVI. « En matière de donations prohibées par le droit civil, la révocation en a lieu contre celui ou celle qui les a reçues, de manière que la chose donnée, soit revendiquée si elle existe; et si elle n'existe plus, il en naît une action en tant que le donataire en est devenu plus riche ».

« Parce que ce qui est retenu en vertu d'une donation illicite, est censé retenu sans cause, ou en vertu d'une cause injuste, d'où naît une double action ».

---

règle souffre exception dans le cas où une loi empêche que le codébiteur soit libéré, nonobstant ce qui est dit ci-dessus, *n.* 38, que la donation faite à une femme est maintenue, si cette donation est une dépendance d'une autre cause, et en est inséparable; car ayant pour codébiteurs ma femme et Titius, si je fais acceptilation à Titius, la cause de la libération de l'un n'opérera pas celle de l'autre, et pourra en être séparée, parce que rien n'empêche que Titius soit libéré sans que ma femme le soit.

(1) Mais si le débiteur veut céder au mari la revendication de son argent, il aura une exception contre lui, s'il lui demande ce qu'il lui devait.

(2) Lui ayant cédé ses actions.

(3) Contre la femme, par l'action sans cause.

Locupletior autem intelligitur, (etsi non sit solvendo) si rem aliquam habeat ex pecunia donata comparatam.

Hoc docet Paulus : « Uxor marito suo pecuniam donavit. Maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem, aut soli rem comparavit : solvendo non est, et res extant. Quæro, si mulier revocet donationem, an utiliter condictitia (1) experiatur ? Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus ; quum pecunia mulieris res comparata extet ? Respondi : Locupletiorem esse ex donatione negari non potest. Non enim quærimus quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo (2) enim separatur hic ab eo cui res donata est, quod ibi (3) res mulieris permanet, et vindicare directo potest (4). Et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet (non ultra id tamen quod donatum est) condicatur, quam si dotis judicio (5) conveniatur. Sed nihil prohibet etiam *in rem* utilem mulieri in ipsas res actionem dari ». *l.* 55. Paul. *lib.* 6. quæst.

LVII. Quum donatarius qui ex pecunia sibi donata quid comparavit, eatenus videatur locupletior, sufficiet id reddi quale est.

Hinc Javolenus : « Servis uxoris vir nummos in vestiarium dederat ; quo peracto, deinde intra annum divortium intercesserat. Placuit Labeoni et Trebatio qualia vestimenta post divortium essent, talia viro reddi. Idem juris futurum fuisset, si ipsa vestimenta vir emisset et servis dedisset. Quod si vestimenta non redderentur, tum virum pretium in dote compensaturum. ». *l.* 66. §. 1. *ff.* 24. 3. *solut. matrim. lib.* 6. *ex post. Labeo.*

---

(1) *Condictione* scilicet *ex injusta causa* ; quia injuste retinet rem ex donata illicite pecunia comparatam.

(2) Ille de quo agimus, qui possidet rem quam ex pecunia ipsi donata comparavit, in hoc *solo separatur* et differt *ab eo cui* illa ipsa *res* immediate *donata* esset, *quod*, *etc.*

(3) Scilicet quum ipsa res immediate est donata.

(4) Supple : in hac vero specie, res quam vir ex pecunia ab uxore ipsi donata paravit, non est mulieris ; nec eam directo mulier vindicare potest ; sed potest tantum pecuniam quam donavit, intra hujus rei pretium condicere.

(5) Hinc nota, *dotis* judicium, seu *rei uxoriæ* actionem mulieri competere, non solum ad restitutionem dotis, sed ad restitutionem omnium quæ æquum est virum mulieri præstare : ut in hac specie, ad restitutionem pecuniæ quam illicite viro donavit. Cur autem dicit *deteriorem fore causam viri si hæc pecunia ei condicatur condictione ex injusta causa, quam si hac rei uxoriæ actione condiceretur ?* Cujacius ait : quia prima actione in solidum, altera demum quatenus facere potest condemnatur.

On est aussi censé devenu plus riche en vertu d'une donation, nonobstant le cas d'insolvabilité, si l'on possède la chose qui a été achetée de la somme donnée.

C'est ce qu'enseigne Paul. « Une femme, dit-il, a donné une somme d'argent à son mari : celui-ci en a acheté une chose mobiliaire ou immobiliaire. Il est insolvable, et la chose acquise existe encore. On demande si la femme, révoquant sa donation, peut recourir à l'action d'une cause injuste (1), parce que son mari, nonobstant l'événement de son insolvabilité, en est devenu plus riche, puisque la chose achetée de l'argent donné, existe encore. J'ai répondu que le mari était sans contredit devenu plus riche par la donation, parce qu'il ne s'agit pas de savoir ce qui lui resterait ses dettes payées, mais ce qu'il a acquis des biens de sa femme; car il diffère (2) de celui à qui la chose a été donnée, en ce que la chose appartient toujours à la femme (3) qui peut la revendiquer directement sur celui-ci (4), et la condition du mari sera pire, si on l'actionne pour toute la somme donnée, que si on intentait contre lui l'action de la dot (5); mais rien n'empêche qu'on n'accorde à la femme une action utile pour réclamer les choses achetées elles-mêmes ».

LVII. Comme le donataire qui a acheté quelque chose de l'argent qu'on lui a donné, est devenu plus riche de la valeur de la chose, il suffit qu'il la rende telle qu'elle est.

C'est pourquoi Javolenus dit : « « Un mari avait donné de l'argent aux esclaves de sa femme pour acheter des habits, et elle fit divorce dans l'année. Trebatius et Labéon décidèrent qu'elle devait rendre les habits en l'état où ils se trouvaient; qu'il en eût été de même s'il eût acheté les habits pour les donner aux esclaves; mais qu'en ne les rendant pas, il y avait lieu à en compenser le prix sur la dot ».

---

(1) C'est-à-dire, intenter l'*action d'une cause injuste*, comme possédant injustement la chose achetée d'une somme illicitement donnée.

(2) Celui dont nous parlons, qui possède la chose achetée de l'argent qui lui avait été donné, diffère en cela seul de celui à qui la chose elle-même aurait été immédiatement donnée, que, etc.

(3) C'est-à-dire, lorsque la chose a été immédiatement donnée.

(4) Ajoutez : mais, dans cette espèce, la chose que le mari a achetée de l'argent que sa femme lui avait donné, n'appartient pas à cette dernière, et elle ne peut pas la revendiquer directement, mais seulement l'argent qu'elle a donné, à la concurrence de la valeur de la chose qui a été acquise.

(5) Observez à cet égard que la femme a l'action de la dot, non-seulement pour se faire restituer sa dot, mais encore pour la restitution de tout ce que l'équité demande qu'un mari fournisse à sa femme, et dans cette espèce, pour réclamer ce qu'elle a illicitement donné. Mais pourquoi dit-il que la condition du mari deviendra pire si sa femme répète tout cela par l'action d'une cause injuste, que si elle le demandait par celle de la dot? C'est parce que, suivant Cujas, il serait condamné par la première à rendre toute la somme, au lieu que par la seconde il ne sera condamné qu'en raison de ses facultés.

Quod si ex re quam donatarius ex pecunia donata paravit, aliquid profectum sit quod extet; hoc quoque computabitur in eo quatenus est locupletior.

Hinc « Julianum putasse Pomponius refert, si quid per eum servum, quem ex nummis a marito donatis mulier emerit, acquisisset; forte legatum, hereditatem; aut partus editus esset : eo quoque nomine petitionem faciendam esse ». *l.* 28. §. 5. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

LVIII. « Quod autem spectatur tempus, an locupletiores sint facti? Utrum tempus litis contestatæ, an rei judicatæ. Et verum est litis contestatæ tempus spectari oportere. Idque Imperator noster cum patre rescripsit ». *l.* 7. Ulpianus, *lib.* 31. *ad Sab.*

Hinc Marcellus ait : « Et si vir uxori pecuniam donaverit, ipsaque ex ea prædium emerit, æstimari oportere in quantum locupletior facta sit mulier. Proinde, et si prædia hodie vilissimo sunt, consequenter dicemus litis contestatæ tempore æstimationem eorum spectandam ». *d. l.* 7. §. 3.

Obiter nota : « Plane si magni pretii prædii sunt, summa tantum numerata erit restituenda (1), non etiam usuræ pretii ». *d. l.* 7. §. 3.

Summam duntaxat quæ numerata est restitui debere, patet hoc exemplo : « Si ex decem donatis sibi mulier servum emerit; et is quinque sit; quinque petenda esse, apud Plautium placuit : quemadmodum si mortuus est, nihil petetur. Si vero quindecim dignus sit, non plus quam decem potest peti; quoniam eatenus donator pauperior factus est ». *d. l.* 28. §. 3.

LIX. Hic autem « eleganter tractabitur : Si mulier quindecim prædia emerit, et maritus non totum pretium numeraverit, sed duas partes pretii, hoc est decem; uxor de suo quinque; deinde hæc prædia valeant nunc decem : maritus quantum consequatur? Et magis est ut consequi debeat duas (2) partes decem; ut quod periit ex pretio, utrique perierit et marito et uxori ». *d. l.* 7. §. 4.

---

(1) Sensus est : quod diximus uxorem teneri quanti essent res quæ ex pecunia ipsi donata comparatæ sunt, sic accipiendum est ut, si hæ res sint nunc magni pretii quod superet quantitatem pecuniæ quæ uxori numerata est, et qua hæ res comparatæ sunt, non tamen teneatur uxor ultra quantitatem pecuniæ quæ ipsi numerata est : sufficitque ut hanc summam reddat, non eam quanti res est, nec etiam usuras ejus pretii quod accepit.

(2) Scilicet duos trientes ejus pretii quod ipse dedit; id est, sex et duos trientes unitatis 6 2/3.

S'il est résulté quelque produit de ce qui a été acheté de l'argent donné, et que ce produit existe encore, on le fera pareillement entrer dans le compte de ce dont le donataire sera devenu plus riche.

C'est pourquoi Pomponius rapporte que Julien a pensé que dans le cas où il serait né des enfans de l'esclave achetée d'une somme donnée par le mari à sa femme, si on lui avait fait un legs, ou laissé une succession, on comprendrait tout cela dans la demande ».

LVIII. « Mais à quel tems se reporte-t-on pour juger si le donataire est devenu plus riche? est-ce au tems de la contestation en cause ou au tems du jugement? Il est certain que c'est au tems de la contestation en cause; et c'est ainsi que l'ont décidé dans un de leurs rescrits notre Empereur et son père ».

C'est pourquoi Marcellus dit « que si un mari a donné une somme d'argent à sa femme, et qu'elle en ait acheté des fonds de terre, il faudra estimer de combien elle en sera devenue plus riche, et par conséquent, si les fonds de terre ont depuis diminué de valeur, il faut dire que l'estimation en devra être faite au moment de la contestation en cause ».

Observez en passant que « si les fonds de terre étaient d'un grand prix, il ne sera nécessaire que de restituer la somme comptée (1), sans les intérêts ».

L'exemple suivant prouve qu'on ne doit en effet restituer que la somme comptée. « Si une femme a acheté d'une somme de dix *écus d'or*, un esclave qui n'en valait que cinq, on ne pourra lui en demander que cinq, ainsi que, suivant Plautius, il a été décidé; comme on ne lui demanderait rien si cet esclave était mort; et s'il en valait quinze, on ne lui en demanderait pas plus de dix, parce que le donataire n'est en effet devenu plus pauvre que de dix ».

LIX. « C'est ce qui va être clairement expliqué. Si une femme a acheté un champ de quinze pièces d'or, et que son mari ne lui eût donné que les deux tiers du prix, c'est-à-dire, dix pièces d'or; auquel cas, elle en aurait payé cinq de ses deniers: ce champ ne valant plus que dix pièces, combien devra-t-elle restituer à son mari? Le mieux est de dire qu'elle doit lui restituer les deux tiers (2) de dix, afin que ce qui a péri du prix, ait péri pour son mari et pour elle ».

---

(1) Le sens est: ce que nous avons dit que la femme n'était tenue qu'à concurrence de ce qu'avaient coûté les choses qu'elle avait achetées de l'argent qu'on lui avait donné, s'entend en ce sens, que si elles valent actuellement davantage qu'elle ne les a achetées et qu'elle n'a reçu, elle ne sera cependant tenue de rendre que ce qu'elle aura reçu, et il lui suffira de le rendre, au lieu de la valeur des choses et des intérêts de leur prix.

(2) C'est-à-dire, deux tiers du prix qu'il a payé, ou six unités; plus deux tiers d'unité: 6 2/3.

Elegans est etiam illa quæstio, in specie qua uxor a viro decem donationis causa accepit.

« Quod si ex decem duos servos emerit, et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit : solet quæri, et plerique (et Pomponius) interesse putant, utrum uno pretio vænierint, an diversis. Si uno tota decem petenda; quemadmodum si una res empta deterior facta esset; vel grex, vel carrucha, et aliqua pars inde perisset : si diversis, hoc solum petendum, quanti sit emptus qui superest (1) ». *l.* 28. §. 4. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

LX. Ex dictis patet rem ex pecunia donata comparatam, usque ad litem contestatam esse periculo donatoris.

Quod « si mulier ex pecunia donata emptum servum vendidisset, et alium emisset; posteriorem periculo mulieris esse Fulcinius scripsit. Quod non est verum (2) licet non ex re mariti emptus sit ». *l.* 29. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

LXI. Res quam conjux ex pecunia sibi ab altero conjuge donata immediate aut mediate comparavit, periculo quidem donatoris conjugis est, quum donatarius hac pecunia usus est ut rem emeret. At non item cumea usus est ut venditorem dimitteret, a quo rem independenter ab illa donatione emerat : hoc enim casu (etsi res empta minoris sit quam væniit, aut ea interierit) intelligitur locupletior, quum gaudeat liberatione hujus obligationis.

Hinc Ulpianus : « Si uxor rem emit, et maritus pretium pro ea numeravit, interdum dicendum est totum a muliere repetendum, quasi locupletior ex ea in solidum facta sit : ut puta : si emit quidem rem mulier, et debeat pecuniam, maritus autem a venditore eam liberavit. Quid enim interest creditori solvat, an venditori (3) »? *l.* 7. §. 7. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

---

(1) Quum diversis pretiis empti sunt duo servi, revera periit pretium quo emptus est ille servus qui decessit : non potest autem conjux donator repetere quod ex pecunia donata periit; non poterit igitur repetere nisi pretium quo emptus est alter servus qui superstes est, quamvis nunc pluris dignus sit. Quod si ambo uno pretio empti sunt, nihil ex illo pretio periisse videtur, si hoc pretio is qui superest dignus sit.

(2) Nec enim quicquam ab ea condici poterit, nisi tempore litis contestatæ habeat aliquid quod aut mediate aut immediate ex pecunia donata comparatum sit.

(3) Legendum puto, *venditori solvat an creditori*, id est, ei cui mulier

Cette question est aussi clairement décidée dans l'espèce d'une femme qui a reçu de son mari une somme de dix écus d'or en donation.

« Si de ces dix pièces d'or elle a acheté deux esclaves dont l'un est mort, et l'autre en vaut actuellement dix, on a coutume de demander, et la plupart des jurisconsultes, ainsi que Pomponius lui-même, pensent qu'il est essentiel d'examiner si elle les a achetés collectivement ou séparément. Si elle les a achetés collectivement, elle doit rendre toute la somme de dix, comme si elle en eût acheté une seule chose qui aurait été détériorée, par exemple un troupeau, ou un attelage dont une partie aurait péri; mais que si elle les a achetés séparément, on ne peut lui demander que le prix des têtes qui auront survécu (1) ».

LX. Il résulte de ce qu'on vient de dire, que la chose achetée d'une somme d'argent donnée, est aux périls et risques du donateur jusqu'à la contestation en cause.

Mais « si une femme avait revendu l'esclave qu'elle avait acheté de l'argent que son mari lui avait donné, et en avait acheté un autre, suivant Fulcinius, le dernier serait à sa charge; ce qui n'est ni juste ni vrai (2), bien que cette esclave n'eût pas été achetée de l'argent de son mari ».

LXI. Les choses qu'un des époux a médiatement ou immédiatement achetées de l'argent que l'autre lui avait donné, sont à la vérité aux risques et périls du donateur, lorsque le donataire s'est servi de son argent pour les acheter; mais il n'en est pas de même lorsque le donataire s'est servi de cet argent pour payer les choses qu'il avait achetées indépendamment de la donation; car, dans ce cas (quoique la chose vaille moins qu'elle n'a coûté, ou qu'elle ait péri), il est censé devenu plus riche à raison de sa libération.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une femme a acheté une chose, et que son mari en ait payé le prix, il faut quelquefois dire qu'il peut le répéter tout entier, celle-ci étant en effet devenue plus riche de la somme tout entière : comme, par exemple si, ayant acheté quelque chose, elle devait d'ailleurs de l'argent au vendeur, parce qu'il est indifférent qu'il ait payé le vendeur (3), ou le créancier ».

---

(1) Lorsque deux esclaves ont été achetés séparément et à des prix différens, c'est le prix de l'esclave mort qui a péri avec lui, et l'époux donateur ne peut pas répéter ce qui a péri de l'argent donné; d'où suit qu'il ne peut répéter que le prix d'achat de celui qui a survécu, quoiqu'il vaille actuellement davantage : mais s'ils avaient été achetés ensemble et en bloc, rien n'aurait péri du prix qu'ils auraient coûté, dans le cas où le survivant seul vaudrait ce prix.

(2) Car on ne pourra rien répéter contre elle, à moins qu'au tems de la contestation en cause, elle ne possède quelque chose qui ait été immédiatement ou médiatement achetée de l'argent qu'on lui a donné.

(3) Je pense qu'il faut lire *venditori solvat an creditori*, c'est-à-dire,

Item Javolenus : « Si quum mulier viginti servum emisset, in eam emptionem vir quinque venditori dedit : divortio facto, omnimodo vir eam summam exiget. Neque ad rem pertinet, an is servus deterior factus sit. Nam et si mortuus esset, quinque exactio ei competeret. Quæritur enim an mulier ex viri patrimonio locupletior sit eo tempore, quo de dote agebatur. Facta autem intelligitur, quæ ære alieno suo, interventu viri, liberata est, quod potuisset adhuc debere, si vir pecuniam non solvisset. Neque enim interest ex qua causa mulier pecuniam debuit; utrum creditam, an eam quam ex emptione præstare debeat ». *l.* 50. *lib.* 13. *epistol.*

« Quod si mulier non emerat servum; sed ut emeret, a viro pecuniam accepit; tum vel mortuo, vel deteriore facto servo, damnum ad virum pertinebit : quia quod aliter emptura non fuit nisi pecuniam a viro accepisset, hoc consumptum ei periit qui donavit; si modo in rerum natura esse desiit. Nec videtur mulier locupletior esse, quæ neque a creditore suo liberata est, neque id possidet quod ex pecunia viri emerat ». *d. l.* 50. §. 1.

LXII. Ex omnibus supra dictis abunde liquet tunc videri donatarium locupletiorem factum, quum tempore litis contestatæ extat apud ipsum aliqua res aut alicujus obligationis liberatio, quam sibi ex re, pecuniave donata mediate aut immediate comparaverit.

Quod si nihil eo tempore extet, non videbitur locupletior V. G. « non videbitur locupletior facta esse mulier, si aut in obsonio, aut in unguentis, aut in cibariis familiæ, donatam sibi pecuniam impenderit ». *l.* 31. §. 9. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

Imo, uno casu, etsi extet aliquid apud donatarium quod ex pecunia donata comparatum sit, non videbitur locupletior : scilicet, si tantumdem ex suo impendit in causam inutilem, in quam ei pecunia donata erat, aliter non impensurus.

Unde, « si maritus pecuniam uxori in unguenta dederit, eaque eam pecuniam creditori suo solverit, mox ea de sua pecunia unguenta emerit, non videri locupletiorem factam, Marcellus, lib. 7 digestorum, scribit. Idemque, et si lancem ob eamdem causam dederit, eaque lancem retinuerit, de sua autem pecunia unguenta emerit, vindicationem cessare; quia non est locupletior, quæ tantumdem in re mortua (1) impendit ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

---

creditam pecuniam deberet. Utroque enim casu, mulier eatenus locupletior fit quod obligatione sua liberetur.

(1) Id est, inutili.

Javolenus dit aussi : « Si, lorsqu'une femme avait acheté un esclave vingt pièces d'or, son mari en a payé cinq, la femme ayant fait divorce, il pourra répéter cette somme entière; et il importe peu à cet égard que l'esclave ait été détérioré; en effet, quand cet esclave serait mort, le mari n'en pourrait pas moins répéter les cinq pièces d'or qu'il a payées, parce qu'on examine si la femme est devenue plus riche depuis son mariage, ou depuis que sa dot a été réglée, et qu'elle est censée plus riche lorsqu'elle a été libérée par son mari d'une dette qu'elle devrait acquitter sans cela, et qu'enfin il est indifférent que cette dette provienne d'un achat, ou de tout autre cause ».

Mais si la femme n'avait point acheté l'esclave, et avait seulement reçu de son mari de l'argent pour l'acheter, alors l'esclave ayant été détérioré, ou étant décédé, serait mort ou détérioré pour le compte du mari, parce que la femme n'ayant point dû l'acheter si son mari ne lui eût point donné d'argent, elle l'a dépensé, et il a péri pour son mari. En effet, elle n'est pas censée en être devenue plus riche, puisqu'elle n'a pas été libérée d'un créancier, et qu'elle ne possède pas une chose achetée des deniers de son mari ».

LXII. Il résulte clairement de tout ce qui a été dit ci-dessus, que l'époux donataire est réputé devenu plus riche, lorsqu'au tems de la contestation en cause, il possède quelque chose qui a été immédiatement ou médiatement achetée de l'argent qu'on lui a donné, ou qu'il s'est libéré de quelque obligation.

Mais il n'est pas censé devenu plus riche, lorsqu'à cette même époque il ne lui en reste rien. Par exemple, « la femme ne sera pas censée devenue plus riche, si elle a dépensé l'argent que son mari lui avait donné pour subvenir aux frais de sa table, pour sa toilette, ou pour nourrir ses esclaves ».

Il y a enfin un cas où la femme ne sera pas censée devenue plus riche, encore qu'il lui reste quelque chose qui ait été acheté de l'argent que son mari lui avait donné; c'est celui où elle en a autant dépensé du sien en choses inutiles qu'elle n'aurait point achetées si son mari ne lui eût rien donné.

C'est pourquoi, « si un mari a donné une somme à sa femme pour acheter des parfums, et qu'elle les ait achetés de ses deniers, Marcellus dit, qu'elle n'en est pas censée devenue plus riche. Il en sera de même s'il lui avait donné un plat pour le même usage; qu'elle ait gardé ce plat, et qu'elle ait acheté les parfums de son argent, le mari ne pourra pas le revendiquer, parce qu'elle n'est pas devenue plus riche de ce qu'elle a dépensé en choses futiles (1) ».

---

celui à qui la femme devait une somme prêtée, parce que dans l'un et l'autre cas elle est censée plus riche en raison de l'obligation dont elle a été libérée.

(1) En choses inutiles.

LXIII. Observandum superest id quod « Quintus Mucius ait: Quum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit; et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a virò, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus gratia, circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse ». *l.* 51. Pompon. *lib.* 5. *ad* Q. Mucium.

Consonat quod rescribit Alexander : « Etiamsi uxoris tuæ nomine res quæ tui juris fuerant, depositæ sunt; causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat : quum donatio in matrimonio facta, prius mortua ea quæ liberalitatem excepit, irrita sit. Nec est ignotum quod, quum probari non possit unde uxor matrimonii tempore honeste quæsierit, de mariti bonis eam habuisse veteres juris auctores merito crediderint ». *l.* 6. *cod. h. tit.* 5. 16.

LXIV. Quod hactenus diximus, pecuniam conjugi donatam non posse ab eo condici, nisi quatenus ex illa factus est locupletior; noli trahere ad eam pecuniam quam, quum ipsi donata non esset, consumpsit.

Hinc Dioclet. et Maxim. : « De his quæ extra dotem in domum illata, a marito erogata commemoras; si quidem te donante consumpta sunt, intelligis adversus heredes, nonnisi in quantum locupletior fuit, habere te actionem; si vero contra voluntatem tuam, omnia tibi restitui oportere ». *l.* 17. *cod. h. d. tit.*

Sed etsi non contra voluntatem usus est, verum ipsi pecunia credita fuit, non donata, æque in solidum tenebitur.

Hinc Scævola : « Filius rebus matris intervenire solitus, pecunia matris, consentiente ipsa, mancipia et res mercatus, emptionum instrumenta suo nomine confecit. Decessit in patris potestate. Quæsitum est an mater cum marito suo experiri, et qua actione uti possit? Respondit : Si mater obligatum filium in ea pecunia voluit esse; intra annum postquam filius decessit, de peculio cum patre (in cujus potestate fuisse proponatur) actionem habere; si donavit, repeti posse quanto locupletior ex ea donatione pater factus est ». *l.* 58. §. 2. *lib.* 2. *resp.*

Sed et quum ab initio pecunia donata est, si postea in creditum conversa est, condictio in solidum competit; ut in specie sequenti :

« Ea quæ a marito suo pecuniam ex causa donationis acceperit,

LXIII. Il nous reste à observer ce que dit « Quintus-Mucius, que dans le cas où l'on ne sait pas d'où provient quelque chose que possède la femme, il est plus décent et plus vraisemblable de penser qu'il provient de son mari, ou de quelqu'autre individu sous sa puissance. Quintus-Mucius paraît avoir adopté ce sentiment pour écarter de la femme le soupçon d'un gain honteux ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Alexandre dans un rescrit. « Encore que des choses qui vous appartiennent aient été mises en dépôt au nom de votre femme; et qu'on puisse en induire une donation, la propriété n'a pas cessé de vous en appartenir, la donation que vous lui en auriez faite durant le mariage étant nulle; et, en effet, les anciens auteurs de droit ont pensé avec raison, que quand on ne savait pas comment une femme avait acquis quelque chose pendant son mariage, la chose ainsi acquise devait être réputée provenir des biens de son mari ».

LXIV. Ce que nous avons dit jusqu'ici qu'on ne pouvait répéter contre un des époux l'argent qui lui avait été donné par l'autre, qu'autant qu'il en était devenu plus riche, ne doit pas s'appliquer au cas où il aurait dépensé de l'argent qui ne lui aurait pas été donné.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Par rapport à ce que vous exposez sur les choses que vous aviez portées dans la maison de votre mari en sus de votre dot, et qu'il a dépensées; si vous les avez données, vous comprenez bien que vous ne pouvez les réclamer contre ses héritiers, qu'autant qu'il en serait devenu plus riche; mais si elles ont été données sans votre consentement, elles doivent vous être rendues en entier ».

Toutefois, s'il les a dépensées sans votre consentement, et que vous les lui ayiez prêtées, et non données, elles doivent vous être rendues en entier.

C'est pourquoi Scævola dit : « Un fils qui avait coutume de faire les affaires de sa mère, a de son consentement acheté de son argent des esclaves et d'autres choses; mais a fait tous les actes de ces achats en son nom. Ce fils étant décédé sans avoir cessé d'être sous la puissance de son père, on demandait si sa mère avait action, et quelle action elle avait contre son mari. J'ai répondu que si la mère avait voulu que son fils fût obligé envers elle pour les sommes qu'il avait ainsi employées, elle avait pendant un an, à compter de son décès, l'action du pécule contre le père, sous la puissance duquel le fils était mort, suivant l'exposé; mais que s'il en était autrement, elle ne pouvait répéter que ce dont le père serait devenu plus riche par cette donation ».

Et même, si l'argent a été donné dans l'origine, et qu'ensuite la donation ait été convertie en prêt, on pourra répéter toute la somme. C'est ce qu'on voit dans l'espèce suivante :

« Une femme qui avait reçu de son mari une somme d'argent à

litteras ad eum misit hujusmodi : « *Quum* petenti mihi a te, domine carissime, annuerit indulgentia tua viginti ad expediendas » quasdam res meas : quæ summa mihi numerata est sub ea conditione ut, si per me meosque mores quid steterit quominus in » diem vitæ nostræ matrimonium permaneat; sive invito te discessero de domo tua, vel repudium tibi sine ulla querela misero, » divortiumque factum per me probabitur, tunc viginti quæ mihi » hac die, donationis causa, dare voluisti, daturam restituram me » sine ulla dilatione spondeo ». Quæro an, si eadem Titio marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat? Paulus respondit pecuniam quám vir uxori donavit, ex stipulatione proposita, si conditio ejus extitit, peti posse; quoniam ex donatione in pecuniam creditam conversa est. Quod si stipulatio commissa non probetur, tunc tantum peti posse, quanto locupletior ex ea donatione facta probetur ». *l.* 57. Paul. *lib.* 7. *resp.*

ARTICULUS IV.

An conjux qui ex eo donato locupletior factus non est, id saltem compensare teneatur, et ex qua causa?

LXV. Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum; et hoc D. Hadrianus constituit ». *l.* 7. §. 2. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

Tenetur quidem conjux repetens quod illicite donavit, compensare quod ipsi vicissim illicite donatum est; at non quod licite.

Hinc, « quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare; nec quidquam refert, quod ampla legata ab uxore ei relicta sunt ». *l.* 48. Celsus, *lib.* 9. *dig.*

ARTICULUS V.

De usuris, fructibus, et causa rerum inter conjuges donatarum.

LXVI. In repetitione pecuniæ quæ conjugi donata est, non veniunt usuræ.

Igitur « si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur (1). Hæc ita Julianus in marito, libro 18 digestorum, scribit ». *l.* 15. §. 1. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

(1) Quum enim non ex ipsa pecunia donata, sed ex stipulatione natæ sint, non videntur ex bonis mariti ad uxorem pervenisse.

titre de donation, lui a écrit ensuite la lettre suivante : « Comme » vous avez eu, mon cher mari, la complaisance de me donner les » vingt pièces d'or que je vous ai demandées pour régler des af- » faires que j'avais, et que vous m'avez compté cette somme sous » la condition que, soit que par ma conduite ou autrement, » j'eusse été cause de la dissolution de notre union, soit que j'eusse » quitté votre maison malgré vous; que je vous eusse sans sujet » envoyé le libelle de répudiation, ou enfin que j'eusse provoqué » le divorce, je serais tenue de vous rendre, sans aucun délai, ces » vingt pièces d'or que j'ai reçues de vous à titre de donation ». On demandait si cette femme ayant envoyé le libelle de répudiation à Titius son mari, devait lui restituer ces vingt pièces d'or. Paul a répondu que Titius pouvait demander cette somme donnée à sa femme, en vertu de la stipulation proposée, en cas d'accomplissement de la condition, parce que la donation avait été convertie en prêt. Mais que si la condition n'avait pas été remplie, il ne pouvait lui demander que ce dont elle serait devenue plus riche ».

ARTICLE IV.

Si l'époux qui n'est pas devenu plus riche de ce qu'on lui a donné n'est pas du moins tenu de le compenser, et dans quel cas il en est tenu.

LXV. « Si un mari et une femme, s'étant donné réciproquement cinq pièces d'or, le mari les a conservées, et la femme les a dépensées, il a été justement décidé que les donations devaient être compensées, et l'empereur Adrien a confirmé cette décision ».

L'époux qui répète ce qu'il a illicitement donné est bien tenu de le compenser avec ce qui lui a été illicitement donné à lui-même, mais non avec ce qui lui aurait été licitement donné.

C'est pourquoi « le mari restant toujours propriétaire de ce qu'il a donné à sa femme depuis son mariage, peut le revendiquer; et il importe peu à cet égard que sa femme lui ait laissé des legs considérables ».

ARTICLE V.

Des intérêts, des fruits et autres produits des choses données entre mari et femme.

LXVI. Les intérêts n'entrent point dans la répétition des choses données par un époux à l'autre.

En conséquence, « si un mari a donné une somme d'argent à sa femme, et qu'elle en ait retiré des intérêts, elle en profitera (1); ainsi pense Julien ».

(1) Parce qu'elle les a touchés en vertu de sa stipulation, et qu'ils ne sont pas censés provenir des biens de son mari.

Hæc autem adeo lucratur, ut id quod ex sorte periit non suppleant.

Unde Tryphoninus : « Quid ergo si ex centum quæ vir uxori donavit, quinquaginta apud debitorem ex his perierint; et alia quinquaginta duplicata usuris uxor habet? Non plus quinquaginta, ejus donationis nomine, maritus ab ea consequetur ». *l.* 16. Tryphon. *lib.* 10. *disp.*

LXVII. Hactenus de usuris : « De fructibus quoque videamus si ex fructibus prædiorum quæ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem ». *l.* 17. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Item Pomponius : « Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit ». *l.* 45. *ff.* 1. *de usuris.* Pompon. *lib.* 22. *ad* Q. Mucium.

Nota : « Illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylva cædit, non sit ejus : sicut nec cujuslibet (1) bonæ fidei possesoris; quia non ex facto ejus is fructus (2) nascitur ». *d. l.* 45.

LXVIII. Ut fructus naturales donatarii non fiunt, ita et causam rei donatæ, donatorem sequi dicendum est.

Hinc, « si uxor filio donaverit servum, qui (3) in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam acceperit, dominium mulieri quæretur. Nec interesse Julianus ait : ex cujus pecunia hæc ancilla empta sit; quia nec ex re sua quicquam acquiri potest, per eum qui donatur, ei cui donatur. Hoc enim bonæ fidei possesso-

(1) Ex his verbis vulgo concluditur bonæ fidei possessores non lucrari fructus naturales : quod D. Noodt. non probat. Sic ergo textum hunc intelligendum putat, ut non omnis qui aliquo modo bona fide possidere dici potest, eos lucretur; qualis est in hac specie conjux qui naturaliter rem sibi donatam possidet; quales essent omnes qui destituti sunt titulo apto ad transferendum dominium. Cæterum, negat hunc esse sensum, ut nullus bonæ fidei possessor fructus naturales lucretur. Vid. supra *lib.* 32. *tit.* 1. *de usur. et fructib. n.* 4.

(2) Discrimen inter utramque speciem fructuum hinc nascitur, quod, quum naturales non ex facto possessoris nascantur, sed fundus eos sponte producat, nulla facta eorum donatione, donatoris fuissent : fit ergo ex donatione pauperior; adeoque in his donatio non valet. Idem in industrialibus dici non potest, quia nulla fundi donatione facta, non utique ex eo solo donator eos habuisset, sed ita demum si sevisset : non ergo videtur ex donatione eos amisisse.

(3) Qui filius.

Elle en profitera si bien qu'ils ne suppléent pas à ce qui aurait péri du principal.

C'est pourquoi Tryphoninus dit : « Que faut-il donc décider si la femme ayant reçu en donation de son mari cent pièces d'or à titre de donation, cinquante ont péri dans les mains d'un débiteur, et les cinquante autres ont été doublées par les intérêts? Le mari n'en pourra demander que cinquante en vertu de la donation ».

LXVII. Nous avons parlé jusqu'ici des intérêts : « Voyons maintenant ce qui concerne les fruits, si la femme est censée plus riche de ceux des fonds de terre qui lui ont été donnés, et si l'on peut les répéter en vertu de la donation. Julien dit que la donation en est illicite comme celle des intérêts ».

Pomponius dit pareillement que « la femme ou le mari profite des fruits de la chose donnée ».

Observation. « Ce qui s'entend toutefois de ceux qu'ils ont fait produire par leur travail; car s'ils ont ceuilli des pommes ou abattu des arbres, ils ne leur appartiennent pas plus qu'à tout autre possesseur de bonne foi (1), parce que ces espèces de fruits ne sont pas le produit de leur industrie (2) ».

LXVIII. Comme les fruits naturels n'appartiennent pas au donataire, de même aussi il faut dire que les accessoires de la chose donnée appartiennent toujours au donateur.

C'est pourquoi, « si une femme a donné un esclave à son fils, qui était sous la puissance de son père (3), et que cet esclave ait ensuite reçu une esclave, la propriété en appartiendra à la donatrice. Julien dit qu'il importe peu de quel argent l'esclave donnée ait été achetée, parce qu'un esclave donné ne peut rien acquérir pour celui à qui il est donné, même de ses deniers. En effet, il est permis aux possesseurs de bonne foi d'acquérir de leurs deniers

(1) On conclut de ces expressions, que le possesseur de bonne foi ne profite pas des fruits naturels; ce qui n'est pas l'opinion de D Noodt Il pense donc qu'il faut entendre ce texte en ce sens, que tous ceux qu'on appelle possesseurs de bonne foi ne profitent pas de ces fruits; comme dans cette espèce, la femme qui possède naturellement la chose donnée, et comme tous ceux qui possèdent sans un titre translatif de propriété; mais il pense que le sens n'en est pas qu'aucun possesseur de bonne foi ne doive profiter des fruits naturels. Voy. ci-dessus, *liv.* 22, le titre qui traite *des fruits, intérêts ou produits de la chose.*

(2) La différence entre ces deux espèces de fruits vient de ce que les fruits naturels sont produits spontanément par le fonds de terre sans culture de la part du possesseur, au profit du donateur; d'où suit qu'il devient plus pauvre en les donnant, et que par conséquent la donation en est nulle; ce qu'on ne peut pas dire des fruits industriels dont le donateur n'aurait pas joui naturellement, et s'il n'eût pas cultivé lui-même le terrain pour les lui faire produire; d'où suit qu'il ne les a pas précisément perdus par sa donation.

(3) Le fils.

ribus concessum (1) est; virum autem scientem alienum (bona fide non) possidere (2) ». *l.* 19. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

« Sed si quid servus donatus acquisiit, ad eum qui donavit, pertinebit ». *l.* 17. §. 1. *ibid.*

Æquum tamen est donatario refundi quod ex re ipsius impendit is servus ut acquireret.

Unde, « idem quærit, si ex re mariti ea ancilla comparata fuerit, an adversus agentem mulierem de dote, maritus pretium (3) possit per exceptionem retinere? Et dicendum est posse maritum et exceptionem habere, si dos ab eo petetur, secundum Marcelli sententiam; et, si solverit, secundum Julianum condicere posse ». *sup. d. l.* 19. §. 1.

TERTIA PARS.

An et quomodo convalescant donationes inter virum et uxorem?

LXIX. « Quum hic status esset donationum inter virum et uxorem quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus, ante excessum D. Severi partris sui, oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi, Fulvio Æmiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore ». *l.* 32. Ulp. *lib.* 33. *ad Sab.*

« Ait oratio, *Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse* ». *d. l.* 32. §. 2.

Post hanc orationem necesse non fuit has donationes testamento confirmari ut valeant. Quod si factum fuerit, ex abundanti erit.

Hoc significant Diocl. et Maxim., qui sic rescribunt: « Ex verbis quæ in postremis judiciis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sint, non tamen omnino legati vel fideicommissi persecutio datur: sed ita demum si relinquendi studio hujusmodi verba fuerint ascripta. Unde te voluntatis, non juris quæstionem, in preces tuas contulisse palam est. Quum igitur testamento lecto animadvertimus maritum tuum ex præcedente donatione dominium tibi reservasse, securitatique tuæ ad obtinendam proprietatem cavisse, inditorum verborum conceptio non fideicommissum relictum ostendit; sed, ex senatusconsulti auctoritate,

(1) Ut ex re sua acquirant per servos alienos quos bona fide possident; ut vid. in *instit. lib.* 2. *tit.* 9. *per quas person. acq.*

(2) Adeoque per hunc servum quem sciens alienum possidet, nihil potest acquirere.

(3) Unde acquisivit, et quod ex re sua profectum est.

par un esclave étranger (1), mais non d'acquérir par celui qu'ils savent ne pas leur appartenir (2) ».

« Mais si l'esclave donné acquiert quelque chose, il l'acquiert pour celui qui l'a donné ».

Il est cependant de l'équité de faire indemniser le donateur de ce qu'il a dépensé pour cette acquisition.

C'est pourquoi « le même Ulpien demande si, dans le cas où cette esclave a été achetée des deniers du mari, il peut en retenir le prix par exception (3), lorsque la femme intentera contre lui l'action de la dot; et il pense que, suivant l'avis de Marcellus, le mari peut user de cette exception, et que s'il a rendu la dot, il a action pour répéter le prix de cette esclave, selon Julien ».

TROISIÈME PARTIE.

Si et comment se valident les donations entre mari et femme ?

LXIX. « Tel était l'état des donations entre mari et femme, lorsque notre empereur Antonin, avant la mort de l'empereur Sévère son père, persuada au sénat de relâcher quelque chose de la rigueur du droit à cet égard, sous le consulat de Fulvius-Æmilianus et de Nummius-Albinus ».

« Il dit dans son discours, qu'à la vérité l'individu qui a donné peut s'en repentir; mais qu'il y aurait dureté et avarice de la part de l'héritier, à reprendre ce qui aurait été donné, peut-être contre la dernière volonté du donateur ».

Depuis ce discours, il ne fut plus nécessaire de confirmer les donations par son testament, et lorsqu'on le fit, ce fut par surabondance de droit.

C'est ce que disent dans un rescrit Dioclétien et Maximien en ces termes : « Les expressions de dernière volonté, bien que favorables aux fidéicommis et aux legs, n'en autorisent cependant pas toute poursuite. Il faut que la volonté de donner y soit exprimée. Il est donc clair que votre requête contient une question de volonté et non de droit. En conséquence, ainsi qu'il apert par la lecture du testament, votre mari vous ayant réservé une propriété transférée par une donation précédente, en se proposant alors de vous l'assurer de plus en plus; ses expressions n'expriment donc pas un fidéicommis, mais une libéralité de votre mari

(1) D'acquérir de leurs deniers par les esclaves étrangers qu'ils possèdent de bonne foi, comme on l'a vu dans *les institutes*, au titre qui traite *des personnes par lesquelles ou au moyen desquelles on peut acquérir.*

(2) Et par conséquent il ne peut rien acquérir par cet esclave qu'il sait ne pas lui appartenir.

(3) Qu'il a payé de ses deniers pour l'acheter.

liberalitatem mariti tui, cui custodiendæ etiam moriens prospexerit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam (1) ». *l.* 14. *cod. h. tit.* 5. 16.

Circa hoc senatusconsultum ad orationem Antonini factum videbimus : 1°. Quas personas et quas donationes complectatur ; 2°. quomodo ex hac oratione confirmentur donationes, quatenus et adversus quos ; 3°. denique ex quibus causis morte donatoris non convalescant.

ARTICULUS I.

Quas personas et quas donationes complectatur senatus-consultum ad orationem D. Antonini factum ?

§. I. *Quas personas complectatur ?*

LXX. Oratio non solum virum et uxorem complectitur, sed etiam cæteros qui propter matrimonium donare prohibentur : ut puta, donat socer nurui, vel contra ; vel socer genero, vel contra ; vel consocer consocero, qui copulatos matrimonio in potestate habent. Nam ex mente orationis, his quoque omnibus permissum est in eumdem casum donare : et ita et Papinianus, libro 4 Responsorum sensit. Sic enim scribit : « *Socer* nurui vel genero donavit ; » postea filius ejus vel filia, constante matrimonio vita decessit. » Quamquam vitium donationis perseveret ; tamen si socer nul- » lam quæstionem donationibus intulit, post mortem ejus (2), » contra heredes orationis sententia videtur intervenire. Nam quæ » ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum implora- » vit ». *l.* 32. §. 16. Ulp. *lib.* 33. *ad Sab.*

Unde Ulpianus : « In hac autem donatione inter soceros (3) facta, mors desideranda (4) est ejus qui donavit constante matrimonio, jure potestatis durante (5). Idemque et in his qui sunt in eorum potestate ». *d. l.* 32. §. 20.

---

(1) Sensus est : ex his verbis nullam fideicommissi persecutionem habes ; sed ex abundanti scripta sunt : et dominium rerum tibi a marito donatarum, ex sola senatusconsulti auctoritate tibi quæritur.

(2) Scilicet, si moriatur soluto jam matrimonio generi.

(3) Quum socer consocero donavit.

(4) Non potest confirmari nisi morte. Ergo ad orationem pertinet, quum morte confirmetur.

(5) Ita demum eget confirmatione donatio, si constante matrimonio et jure potestatis durante donavit.

en vertu du sénatus-consulte, à laquelle il a voulu pourvoir encore en mourant, autant qu'il était en lui de vous en confirmer la propriété (1) ».

Par rapport à ce sénatus-consulte rendu sur le discours d'Antonin, nous examinerons, 1°. quelles personnes et quelles donations il comprend; 2°. comment, jusqu'à quel point, et contre qui il confirme les donations; 3°. enfin dans quel cas les donations ne sont pas validées par la mort du donateur.

ARTICLE I.

A quelles personnes et à quelles donations est applicable le sénatus-consulte rendu sur le discours de l'empereur Antonin.

§. I. *A quelles personnes il est applicable?*

LXX. « Le discours de l'empereur Antonin comprend non-seulement le mari et la femme, mais encore toutes les autres personnes à qui il est défendu de donner à raison du mariage. Par exemple, le beau-père qui donne à sa bru, ou réciproquement; le père de la femme qui donne au père de son gendre, ou réciproquement; le beau-père ou la belle-mère qui donnent à leur gendre et à leur bru restant sous leur puissance; car d'après l'esprit du sénatus-consulte, il est permis à toutes ces personnes de donner dans ces cas. C'est aussi ce que pense Papinien; car il dit: « Un » beau-père a donné à son gendre ou à sa bru; ensuite le gendre » ou la bru sont décédés durant le mariage; encore que le vice de » la donation subsiste, toutefois si le beau-père n'a point rétracté » sa donation, le sénatus-consulte est censé confirmer cette dona- » tion après sa mort (2) contre ses héritiers, parce que c'est la » raison qui prohibait cette donation qui a fait rendre ce sénatus- » consulte ».

C'est pourquoi Ulpien dit: « Par rapport à cette donation entre beaux-pères (3), il faut attendre le décès de celui qui a donné (4) durant le mariage, et le donataire étant encore sous sa puissance (5). Il en est de même de tous ceux qui sont sous leur puissance ».

---

(1) Le sens est que vous n'avez aucun droit de poursuivre un fidéicommis, d'après ces expressions qui sont surabondantes, et que la propriété des choses qui vous ont été données par votre mari, ne vous est acquise qu'en vertu du sénatus-consulte.

(2) C'est-à-dire, s'il est mort après la dissolution du mariage de son gendre.

(3) Lorsqu'un beau-père a donné à l'autre.

(4) Parce que sa donation ne pouvait être confirmée que par son décès; d'où suit que le sénatus-consulte qui la confirme après sa mort, se rapporte à cette espèce de donations.

(5) Cette donation n'a besoin d'être confirmée qu'autant qu'elle a été faite durant le mariage, et à un enfant sous puissance paternelle.

§. II. *Quas donationes complectatur oratio?*

LXXI. Oratio non solum complectitur donationes quæ constante matrimonio factæ sunt: sed et « si sponsus sponsæ donaverit, in tempus matrimonii collata donatione (1); quamvis inter virum et uxorem donatio non videatur facta, et verba orationis minus sufficiant; tamen donationem dicendum est ad sententiam orationis pertinere: ut, si duraverit voluntas usque ad mortem, valeat donatio ». *d. l.* 32. §. 22.

LXXII. « Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus, non solum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas ». *d. l.* 32. §. 1.

« Sive autem res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habituram. Ut puta: uxori acceptum tulit donationis causa quod debeat; potest dici pendere acceptilationem, non ipsam, sed effectum ejus (2). Et generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex oratione valebunt ». *d. l.* 32. §. 23.

Etiam illa donatio confirmabitur, quæ per interpositam a conjuge donatario personam facta est.

Hinc Ulpianus: « Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet; eaque defuncta, invitis heredibus ejus, Titius marito dederit: interest utrum a muliere sit interpositus Titius, an vero a marito cui donabatur. Si a muliere interpositus est, obligabit se condictione (3) si marito tradiderit; si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur ejus quem maritus interposuit (4), et actionem ipse maritus cum eo habebit ». *l.* 11. §. 8. Ulp. *lib.* 32. *ad Sab.*

Etiam ea donatio oratione continetur, quæ duntaxat per fictionem brevis manus executioni mandata est.

Unde, « si quis uxori ea conditione donavit, ut quod donavit

(1) Quæ non valet, quum sit collata in tempus quo prohibetur.

(2) Acceptilatio quum sit actus legitimus, non potest quidem per se ulla conditione suspendi; ut videb. infra, *lib.* 46. *tit.* 4. *de acceptilat.* Cæterum, potest effectus ejus suspendi ex aliqua causa, quæ non extrinsecus adjiciatur, sed vi ipsa insit; ut in hac specie: quum donationis causa inter conjuges acceptilatio facta est, vi ipsa inest ut a donatione pendeat acceptilationis effectus, et non aliter valeat quam si donatio morte donatoris confirmetur.

(3) *Condictione certi* erga heredes mulieris: nec enim debuit exequi mandatum ejus, quod morte solutum est.

(4) Confirmabitur igitur morte mulieris donatio facta huic interpositæ personæ.

§. II. *Quelles donations comprend ce sénatus-consulte.*

LXXI. Il comprend non-seulement les donations qui ont été faites durant le mariage, mais encore « celles qu'un fiancé aurait faites à sa fiancée dans la vue de leur futur mariage (1), bien que cette donation ne soit pas censée faite entre mari et femme, et que le sénatus-consulte ne la mentionne pas expressément, elle est cependant censée comprise dans le discours de l'empereur Antonin, pourvu que l'intention du donateur ait été permanente jusqu'à sa mort ».

LXXII. « Mais le discours de notre empereur sur la confirmation des donations, comprend non-seulement les choses acquises par le mari au nom de sa femme, mais encore toute espèce de donation entre mari et femme ».

Et, soit que le mari ait donné des choses réelles, ou seulement fait remise d'une obligation, il faut dire que sa donation aura son effet. Si, par exemple, un mari a fait acceptilation de ce que sa femme lui devait pour lui en faire donation, on peut dire que l'effet de cette acceptilation, et non l'acceptilation elle-même, restera en suspens (2), et en général toutes les donations que nous avons dit être prohibées, sont autorisées par ce sénatus-consulte ».

Il autorise même celle qui aurait été faite à une personne interposée par l'époux donataire.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une femme a donné quelque chose à Titius pour qu'il la remît à cause de mort à son mari, et qu'après sa mort, Titius ait remis la chose à son mari, malgré ses héritiers ; il faudra savoir si Titius a été interposé par la femme qui donnait, ou par le mari donataire ; dans le premier cas, il sera tenu de l'action (3) s'il a livré la chose au mari ; mais dans le second, la chose donnée appartiendra, du moment de la mort de la femme, à la personne interposée par le mari (4), qui aura lui-même action contre cette personne ».

Le sénatus-consulte comprend même la donation qui n'aura été exécutée que par la tradition de *brève-main*, ou fictive.

C'est pourquoi, « si un mari a donné à sa femme, sous la con-

(1) Qui est nulle, comme se reportant à un tems où elle était prohibée.

(2) L'acceptilation étant un acte légitime, ne peut pas par elle-même rester en suspens, comme on le verra *liv.* 46, au titre qui traite *de l'acceptilation.* Mais l'effet peut en être suspendu par quelque cause qui n'y soit pas ajoutée extrinséquement, mais qui lui soit essentiellement inhérente, comme dans cette espèce, où elle a pour objet une donation entre mari et femme, et où son effet, par la nature des choses, dépend de cette donation, et ne peut exister qu'autant que cette même donation sera confirmée par la mort de l'époux donateur.

(3) De l'action d'une chose certaine contre les héritiers de la femme, parce que son mandat annullé par son décès n'a pas dû être exécuté.

(4) La donation faite à cette personne interposée, sera donc confirmée par la mort de la femme.

Novella CLXII. cap. 1. morte confirmantur, sicut et illæ quæ traditione perfectæ sunt.

LXXIV. Illud patet donationem rerum quas donatarius consumpsit, oratione non contineri; si quidem et ante orationem confirmatione non egebant.

Quod autem dicimus, et « quod ait oratio, *consumpsisse*, sic accipere debemus ne is qui donationem accepit, locupletior factus sit. Cæterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit ». *sup. d. l.* 32. §. 9.

Uno tamen casu, quamvis donatarius rem consumpserit, proderit donationem morte donatoris ex oratione confirmari. Scilicet: « Sed etsi non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet; dicendum est, si is decessit qui factus est locupletior, posse repetere id quod dedit, nec compensare id quod consumpsit; quamvis divortio secuto, hæc compensatio locum habeat (1) ». *d. l.* 42. *d.* §. 9. *v. sed etsi.*

LXXV. Patet etiam non confirmari oratione ea negotia quæ non ex sola ratione personarum quæ contraxerunt, sed ipsa per se nullius sunt momenti.

Hinc, « si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est; nec post decretum senatus, emolumentum ea liberalitas, ut actio *pro socio* constituatur, habere poterit.

(« Quæ tamen in commune tenuerunt, pro fine præstituto revocanda non sunt ».)

« Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est quæ donationis causa interponitur (2), nec inter cæteros; et propter hoc nec inter virum et uxorem ». *d. l.* 32. §. 24.

« Idem erit dicendum et si emptio contracta sit donationis causa: nam nulla erit ». *d. l.* 32. §. 25.

« Plane si minoris res venierit, donationis causa; vel postea pretium sit remissum; admittemus donationem valere ad senatusconsultum ». *d. l.* 32. §. 26.

ARTICULUS II.

Quomodo ex oratione Antonini donationes confirmentur, quatenus et adversus quos?

LXXVI. Oratio imperatoris nostri vult morte donatoris sic confirmari donationes inter virum et uxorem, « ut et ipso jure res fiant

(1) Ut vid. supra, *part.* 2 *art.* 40.

(2) Vid. supra, *lib.* 17. *tit. pro socio, n.* 3.

confirmées par la mort du donateur, comme celles qui étaient consommées par la tradition, d'après la Novelle CLXII, *chap.* 1.

LXXIV. Il est évident que le sénatus-consulte ne comprend pas la donation des choses que le donataire a consommées, puisque même avant ce sénatus-consulte, elles n'avaient pas besoin d'être confirmées.

Mais ce que nous disons, et ce que dit le sénatus-consulte par ce mot *consommer*, s'entend en ce sens que le donataire n'en sera pas devenu plus riche; car dans le cas contraire, il peut invoquer le bénéfice du sénatus-consulte ».

Il y a cependant un cas où, bien que le donataire ait consommé la chose, la donation sera néanmoins confirmée par la mort du donateur; c'est celui où, « quoiqu'il soit devenu plus riche, il a lui-même donné une chose de même valeur, et encore existante; auquel cas il faut dire qu'après la mort de celui qui était devenu plus riche, on peut répéter ce qu'il avait donné, sans être obligé de compenser ce qu'il avait consommé (1) ».

LXXV. Il est pareillement évident que le sénatus-consulte ne confirme pas les négociations qui sont nulles, non-seulement à raison des parties contractantes, mais encore par elles-mêmes.

C'est pourquoi, « la société contractée entre mari et femme, dont il résulte une donation, est nulle de droit commun; et même, depuis le sénatus-consulte, ne peut pas produire l'action de la société ».

(« Cependant celle qu'un mari et une femme auraient établie entre eux, aura l'effet qu'ils se sont proposé »).

L'action de la société n'aura donc pas lieu, parce que toute société contractée pour opérer une donation est nulle entre toutes autres personnes (2), et par conséquent entre mari et femme ».

« Il faut dire la même chose d'une vente faite pour déguiser une donation, parce qu'alors elle est nulle et de nul effet ».

« Mais si l'on a vendu une chose à vil prix, ou si l'on a dans la suite fait remise d'une partie du prix, nous dirons que la donation sera valide en vertu du sénatus-consulte ».

ARTICLE II.

Comment, jusqu'à quel point, et contre qui les donations sont confirmées en vertu du sénatus-consulte rendu sur le discours d'Antonin.

LXXVI. Ce sénatus-consulte veut que les donations entre mari et femme soient confirmées par le décès du donateur, de manière que le donataire soit de plein droit propriétaire des choses qui lui

(1) Comme on l'a vu ci-dessus, *part.* 2. *art.* 4.

(2) Voyez ci-dessus, *liv.* 17, le titre qui traite *de la société ou association*, *n.* 3.

Novella CLXII. cap. 1. morte confirmantur, sicut et illæ quæ traditione perfectæ sunt.

LXXIV. Illud patet donationem rerum quas donatarius consumpsit, oratione non contineri; si quidem et ante orationem confirmatione non egebant.

Quod autem dicimus, et « quod ait oratio, *consumpsisse*, sic accipere debemus ne is qui donationem accepit, locupletior factus sit. Cæterum, si factus est, orationis beneficium locum habebit ». *sup. d. l.* 32. §. 9.

Uno tamen casu, quamvis donatarius rem consumpserit, proderit donationem morte donatoris ex oratione confirmari. Scilicet: « Sed etsi non sit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaque extet; dicendum est, si is decessit qui factus est locupletior, posse repetere id quod dedit, nec compensare id quod consumpsit; quamvis divortio secuto, hæc compensatio locum habeat (1) ». *d. l.* 42. *d.* §. 9. *v. sed etsi.*

LXXV. Patet etiam non confirmari oratione ea negotia quæ non ex sola ratione personarum quæ contraxerunt, sed ipsa per se nullius sunt momenti.

Hinc, « si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est; nec post decretum senatus, emolumentum ea liberalitas, ut actio *pro socio* constituatur, habere poterit.

(« Quæ tamen in commune tenuerunt, pro fine præstituto revocanda non sunt ».)

« Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est quæ donationis causa interponitur (2), nec inter cæteros; et propter hoc nec inter virum et uxorem ». *d. l.* 32. §. 24.

« Idem erit dicendum et si emptio contracta sit donationis causa: nam nulla erit ». *d. l.* 32. §. 25.

« Plane si minoris res venierit, donationis causa; vel postea pretium sit remissum; admittemus donationem valere ad senatusconsultum ». *d. l.* 32. §. 26.

ARTICULUS II.

Quomodo ex oratione Antonini donationes confirmentur, quatenus et adversus quos?

LXXVI. Oratio imperatoris nostri vult morte donatoris sic confirmari donationes inter virum et uxorem, « ut et ipso jure res fiant

(1) Ut vid. supra, *part.* 2 *art.* 40.

(2) Vid. supra, *lib.* 17. *tit. pro socio, n.* 3.

confirmées par la mort du donateur, comme celles qui étaient consommées par la tradition, d'après la Novelle CLXII, *chap.* 1.

LXXIV. Il est évident que le sénatus-consulte ne comprend pas la donation des choses que le donataire a consommées, puisque même avant ce sénatus-consulte, elles n'avaient pas besoin d'être confirmées.

Mais ce que nous disons, et ce que dit le sénatus-consulte par ce mot *consommer*, s'entend en ce sens que le donataire n'en sera pas devenu plus riche; car dans le cas contraire, il peut invoquer le bénéfice du sénatus-consulte ».

Il y a cependant un cas où, bien que le donataire ait consommé la chose, la donation sera néanmoins confirmée par la mort du donateur; c'est celui où, « quoiqu'il soit devenu plus riche, il a lui-même donné une chose de même valeur, et encore existante; auquel cas il faut dire qu'après la mort de celui qui était devenu plus riche, on peut répéter ce qu'il avait donné, sans être obligé de compenser ce qu'il avait consommé (1) ».

LXXV. Il est pareillement évident que le sénatus-consulte ne confirme pas les négociations qui sont nulles, non-seulement à raison des parties contractantes, mais encore par elles-mêmes.

C'est pourquoi, « la société contractée entre mari et femme, dont il résulte une donation, est nulle de droit commun; et même, depuis le sénatus-consulte, ne peut pas produire l'action de la société ».

(« Cependant celle qu'un mari et une femme auraient établie entre eux, aura l'effet qu'ils se sont proposé »).

L'action de la société n'aura donc pas lieu, parce que toute société contractée pour opérer une donation est nulle entre toutes autres personnes (2), et par conséquent entre mari et femme ».

« Il faut dire la même chose d'une vente faite pour déguiser une donation, parce qu'alors elle est nulle et de nul effet ».

« Mais si l'on a vendu une chose à vil prix, ou si l'on a dans la suite fait remise d'une partie du prix, nous dirons que la donation sera valide en vertu du sénatus-consulte ».

ARTICLE II.

Comment, jusqu'à quel point, et contre qui les donations sont confirmées en vertu du sénatus-consulte rendu sur le discours d'Antonin.

LXXVI. Ce sénatus-consulte veut que les donations entre mari et femme soient confirmées par le décès du donateur, de manière que le donataire soit de plein droit propriétaire des choses qui lui

(1) Comme on l'a vu ci-dessus, *part.* 2. *art.* 4.

(2) Voyez ci-dessus, *liv.* 17, le titre qui traite *de la société ou association*, *n.* 3.

ejus cui donatæ sunt; et obligatio sit civilis (1): et de Falcidia (2) ubi possit locum habere, tractandum sit; cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est ». *d. l.* 32. §. 1. *v. ut et ipso.*

Multo magis non confirmantur nisi intra id quod superest, deducto ære alieno, ex bonis donatoris.

Hinc Dioclet. et Maxim.: « Si non verum contractum pater vester gessit, sed sub specie venditionis donationem possessionis in matrem vestram contulit; nec ex bonis quæ in persona patris vestri permansisse videbantur, ob primipilum indemnitati fiscali satisfieri potuit; licet in eadem donandi voluntate perseveraverit, ex eadem tamen possessione, ad supplendam pecuniam quæ ex bonis ab eo relictis colligi nequiverit, conferendum est ». *l.* 15. *cod. h. tit.* 5. 16.

LXXVII. Confirmantur autem donationes adversus quosvis donatoris successores, etiam adversus fiscum.

Hinc Antoninus: « Bona quondam mariti tui, fiscus si, nemine ei successore existente, ut vacantia occupaverit; donationes ab eo factæ, si usque ad finem vitæ in eadem voluntate permansit, revocari non possint ». *l.* 1. *cod. h. d. t.*

Circa hanc donationum confirmationem observandum superest definivisse Justinianum, eas demum donationes confirmari posse, quæ aut actis insinuatæ sunt, aut sunt ejus quantitatis intra quam remittitur insinuatio. Sic autem eas confirmari definit, ut ex die donationis valeant. *l.* 25. *cod. h. t.* 5. 16.

ARTICULUS III.

Ex quibus causis morte donatoris non convalescant donationes inter virum et uxorem?

LXXVIII. Tres causas referunt Diocletianus et Maximianus, ex quibus morte donatoris non convalescunt donationes inter virum et uxorem. Ita illi: A marito in uxorem donatione collata

(1) Ex his verbis argui videtur orationem pertinere ad quaslibet donationes, etiam ad illas ex quibus nondum secuta est traditio. Verum respondetur hæc verba *et obligatio sit civilis*, non sic intelligenda ut heredes donatoris civiliter obligentur ad præstandum quod donator stipulatione interposita conjugi promisit, quum in eadem voluntate decessit; sed sic ut, si conjux actiones, quas habebat adversus aliquem, conjugi cesserit, hæc cessio morte confirmetur, et donatarius incipiat tanquam procurator in rem suam habere actiones civiles; vel ut, si stipulationem de evictione rei donatæ et traditæ interposuit, nascatur ex ea obligatio civilis.

(2) Quum ex oratione, donationes inter virum et uxorem confirmentur; in his locum habet Falcidia; ut videb. *tit.* 2. *ad l. Falcid.* infra, *lib.* 35.

ont été données, et investi des droits attachés aux obligations civiles qui lui ont été cédées (1) : comme aussi qu'il soit sujet à la Falcidie (2) s'il y a lieu, et à laquelle je pense qu'il y aura lieu ; en conséquence la donation est, d'après mon sentiment, confirmée comme par le testament ».

Ces donations ne sont, à plus forte raison, confirmées qu'à la concurrence de ce qui reste des biens du donateur, ses dettes payées.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si votre père n'a pas fait un contrat sincère, mais a déguisé une donation faite à votre mère, sous l'apparence d'une vente, et que les biens qui semblaient rester dans sa succession ne puissent pas suffire pour remplir le fisc de ce qu'il lui devait, à raison du compte de sa gestion comme directeur des étapes ; encore qu'il soit décédé sans rétracter sa donation, votre mère sera tenue de rapporter à la concurrence des dettes que la succession n'aura pas pu payer ».

LXXVII. Mais ces donations sont confirmées contre tous les héritiers du donateur, et même contre le fisc.

C'est pourquoi Antonin dit : « Si le fisc s'est emparé des biens de votre mari comme vacans, parce qu'il ne se présentait point d'héritiers, les donations faites par lui, et non révoquées avant sa mort, seront irrévocables ».

Il faut observer, par rapport à cette confirmation des donations, que Justinien a décidé qu'elle n'aurait lieu que pour les donations insinuées, et pour celles qui seraient exemptes d'insinuation à raison de leur modicité ; mais qu'il a voulu qu'elles fussent confirmées du jour de la donation.

ARTICLE III.

Dans quel cas les donations entre mari et femme ne sont pas confirmées par la mort du donateur ?

LXXVIII. Dioclétien et Maximien rapportent trois cas dans lesquels les donations entre mari et femme ne sont pas confirmées par la mort du donateur. Voici leurs expressions : « Si un mari a

---

(1) On paraît pouvoir conclure de ces expressions, que le sénatus-consulte est applicable à toutes les donations, et même à celles qui n'ont pas été suivies de tradition. Mais on répond que ces mots *et obligatio sit civilis* ne doivent pas s'entendre en ce sens, que les héritiers du donateur soient civilement tenus de donner ce qu'il a promis par stipulation à la femme, bien qu'il soit mort sans rétracter sa promesse ; mais en ce sens, que si un époux a cédé à l'autre des actions qu'il avait contre un individu, la donation en sera confirmée par son décès, et l'époux donataire pourra les exercer comme procureur dans sa cause ; ou que s'il y a eu stipulation en cas d'éviction de la chose donnée et livrée, il en naîtra une obligation civile.

(2) Puisque les donations entre mari et femme sont confirmées par le sénatus-consulte, elles doivent être sujettes à la Falcidie, comme on le verra au titre où il s'agit de la loi *Falcidie, liv.* 35.

matrimonii tempore, nec initio dominium tranferri potest; nec post, si divortium (1) intercesserit, vel prior persona quæ liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta (2), vel ab eo qui donavit fuerit revocata (3), potest convalescere ». *l.* 18. *cod. h. t.* 5. 16.

De his causis separatim agemus, aliis quibusdam subjunctis.

§. I. *De divortio.*

LXXIX. « Divortio facto, nec instaurato matrimonio, non confirmabitur inter virum et uxorem facta donatio. Nec inter patronum et libertam, si ab eo invito divertere non licet, facta donatio separatur (4); quum inter hos divortium intercedat. Perinde enim id, quod donatum est, habetur divortio intercedente, ac si donatum non fuisset ». *d. l.* 62. §. 1. Hermogen. *lib.* 2. *juris epitom.*

Similiter Ulpianus: « Si divortium post donationem intercessit, aut prior decesserit, qui donum accepit; veteri juri (5) statur: hoc est, si maritus uxori donatum vult (6), valeat donatio; quod si non vult, extinguitur. Plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sua animi et offensa ». *l.* 32. §. 10. Ulp. *lib.* 43. *ad Sab.*

« Quid ergo si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur; et in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit: restaurato tamen matrimonio et voluntate donatoris reconciliata, an donatio duret, si constante matrimonio donator decesserit? et potest defendi valere ». *d. l.* 32. §. 11.

LXXX. « Quod si divortium non intercesserit, sed fribusculum; profecto valebit donatio, si fribusculum quievit ». *d. l.* 32. §. 12.

Hoc ita intellige, ut donatio valeat quum morte confirmata erit; secundum id quod in oratione continetur.

---

(1) Donationes enim istæ confirmantur morte donatoris in eadem voluntate morientis. Divortium vero præsumptionem mutatæ voluntatis inducit.

(2) Quomodo enim intelligi potest donatio quæ morte donatoris confirmetur, quum nullus jam sit donatarius?

(3) Morte donatoris in eadem voluntate morientis confirmatur donatio: secus ergo, si voluntas fuerit mutata.

(4) Id est, donatio inter patronum et libertam quæ a patrono invito divertit, non *separatur*, seu excipitur ab hac regula, quæ statuit non confirmari donationes quum intercessit divortium.

(5) Scilicet ut non convalescat donatio morte donatoris, nisi expresse tam ultima voluntate confirmaverit.

(6) Expresse.

fait une donation à sa femme durant le mariage, cette donation ne transmettra la propriété de la chose donnée, ni dès l'origine, ni dans la suite, si les deux époux ont fait divorce (1), si celui à qui la donation a été faite meurt le premier (2), ou si celui qui a donné révoque sa donation (3) ».

Nous traiterons séparément de ces trois cas, auxquels nous en ajouterons quelques autres.

§. I. *Du divorce.*

LXXIX. « La donation entre un mari et une femme ne sera point confirmée s'ils ont fait divorce, et ne se sont point réunis une seconde fois. Il en sera de même de celle d'un patron à son affranchie (4), si elle l'a quitté malgré lui, parce qu'il sera censé y avoir divorce, et que, dans le cas du divorce, les donations sont censées révoquées ».

Ulpien dit également : « Si le divorce a lieu après une donation, ou que le donateur meure le premier, on suivra l'ancien droit (5), c'est-à dire, que la donation aura son effet si le mari y consent (6), et sera nulle dans le cas contraire, parce que le divorce a quelquefois lieu par consentement mutuel, et quelquefois par incompatibilité d'humeur ».

Qu'arrivera-t-il donc si les parties, après le divorce, se réunissent une seconde fois, soit que le donateur ait révoqué ou n'ait pas révoqué sa donation en faisant divorce, ou que, l'ayant révoquée, il l'ait consentie de nouveau en se réconciliant? Cette donation sera-t-elle confirmée si le donateur vient à mourir durant le mariage? On peut décider qu'elle le sera ».

LXXX. Mais s'il n'y a point eu de divorce, et seulement un refroidissement entre les époux, la donation sera certainement confirmée, si ce refroidissement a cessé ».

Ce qui doit s'entendre en ce sens que la donation sera confirmée, si elle n'est pas rétractée avant le décès du donateur, d'après les termes du sénatus-consulte.

---

(1) Car ces donations sont confirmées par la mort du donateur décédé dans la même intention; mais le divorce en fait présumer le changement.

(2) Car comment concevoir une donation confirmée par la mort du donateur, lorsqu'il n'y avait plus de donataire?

(3) La donation étant confirmée par la mort du donateur qui n'a pas changé d'intention, ne l'est pas s'il n'y a point persévéré.

(4) C'est-à-dire, que la donation entre le patron et son affranchie qui ne pouvait le quitter malgré lui, n'est pas exceptée de la règle qui veut qu'une donation ne soit pas confirmee s'il y a eu divorce.

(5) C'est-à-dire, que la donation ne sera pas confirmée par la mort du donateur, à moins qu'il ne l'ait confirmée expressément par ses dernières volontés,

(6) Expressément.

socero heres extitit, quasi nova (1) donatio potest servari in maritum collata; ut illa (2) finita sit, alia (3) cœperit : sin vero filius heres patri non est, finita erit donatio (4) ratione nova (5) ». *d. l.* 32. §. 18.

LXXXIII. Diximus donationem non posse convalescere, quum donatarius prior moritur.

Quum autem servitus morti comparetur, « proinde et si ipsa in servitutem redigatur cui donatum est, extincta erit donatio ». *d. l.* 32. §. 6. *v. proinde.*

Hoc non trahe ad captivum, si ab hostibus redeat. Nam, quamvis captivus fuerit donatarius quum mortuus est donator, non ideo minus convalescet donatio si reversus fuerit, ob fictionem juris postliminii. *l. fin. cod. h. t.*

Secus si non rediit.

« Quod si ambo ab hostibus capti sint, et qui donavit, et cui donatum est, quid dicemus » ?

« Et prius illud (6) volo tractare. Oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit : ergo si ambo decesserint, naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicemus ? Et si quidem possit apparere quis ante spiritum posuit, expedita ex quæstio : sin vero non appareat, difficilis quæstio est, et magis puto donationem valuisse. Et id ex verbis orationis defendimus : ait enim oratio, *si prior vita decesserit, qui donatum accepit.* Non videtur autem prior vita decessisse qui donatum accepit, quum simul decesserint. Proinde rectissime dicetur utrasque donationes valere, si forte, invicem donationibus factis, simul decesserint; quia neuter alteri supervixerit; licet de commorientibus oratio non senserit. Sed quum neuter alteri su-

(1) Congruere enim videtur uxoriæ affectioni, ut intelligatur mulier voluisse res, quas socero donaverat, apud maritum suum hujus heredem remanere; si, quandiu vixit, eas non repetiit. Et hæc voluntas intelligitur esse *nova donatio* quam in maritum suum contulit, quum prior in socerum collata præmortuo socero extincta sit.

(2) Scilicet quæ facta est socero.

(3) Hæc quæ viro facta est.

(4) Absolute. Nec ex eo quod res donatas ab herede soceri non repetierit, intelligetur nova donatio facta extraneo qui socero extitit heres : nec enim in ejus heredis extranei persona militat ratio affectionis, quæ hanc præsumptionem inducit, quum vir ipsius heres extitit.

(5) Hæc postrema verba censet D. Noodt. non referri ad ea duntaxat quæ immediate præcedunt *finita erit donatio*, sed ad primam distinctionis partem. Scilicet *ratione nova*, noviter a prudentibus excogita, obtinere ut quum vir socero donatario est heres, intelligatur nova donatio ipsi facta.

(6) Id est, alteram quæstionem quam statim proponit.

velle donation en sa faveur (1), qui a succédé à celle (2) qui avait été faite au beau-père (3), ou que si le fils n'a pas été héritier de de son père, la donation est éteinte (4) par une nouvelle raison (5) » ?

LXXXIII. Nous avons dit qu'une donation ne pouvait pas être validée lorsque le donataire décédait le premier.

Et comme l'état de servitude est assimilé à la mort, « la donation faite à une femme qui a été réduite en servitude, est par conséquent éteinte ».

Ce qui ne s'étend pas au captif s'il revient de chez les ennemis; car bien qu'un donataire ait été captif lorsque le donateur est mort, la donation n'en sera pas moins validée, s'il est revenu, par la fiction du droit de retour ».

Il en sera autrement s'il n'est pas revenu.

« Que faudra-t-il dire si le donataire et le donateur ont été également faits prisonniers par les ennemis » ?

« Il faut préalablement examiner une autre question (6). Le sénatus-consulte veut que la donation soit nulle lorsque le donataire est décédé le premier. Si donc le donateur et le donataire ont péri en même tems dans un incendie, ou par la chute d'une maison, et qu'on puisse savoir lequel est prédécédé, il n'y a plus de question. Mais si l'on est dans l'incertitude à cet égard, il sera difficile de décider. Je pense cependant que le mieux est de dire que la donation doit être valide. Ce qui résulte des termes du sénatus-consulte ; car il dit *si le donataire est mort le premier*. Mais on ne peut pas dire lequel est mort le premier, lorsque le donateur et le donataire sont morts en même tems, et par conséquent on sera fondé à dire que s'ils se sont fait respectivement des donations,

---

(1) Car il paraît convenable à l'affection d'une femme pour son mari, qu'on la suppose avoir voulu que les choses qu'elle a données à son beau-père, passent à son mari son unique héritier, dans le cas où elle ne les a pas répétées pendant sa vie ; et cette intention est réputée une nouvelle donation en faveur de son mari, la première étant éteinte par la mort de son beau-père.

(2) C'est-à-dire, celle qui a été faite au beau-père.

(3) Celle qui a été faite au mari.

(4) Absolument. Encore qu'elle n'eût pas répété contre un étranger, héritier de son beau-père, ce qu'elle lui avait donné, elle n'est pas présumée avoir fait une nouvelle donation à cet étranger héritier de son beau-père, parce que la raison d'affection qui milite dans le cas où son mari eût été héritier, n'est plus la même dans celui-ci.

(5) D. Noodt pense que ces dernières expressions ne se rapportent pas seulement aux mots *finita erit donatio*, qui précèdent immédiatement, mais qu'ils se rapportent encore à la première partie de la distinction, c'est-à-dire, à ce qui est dit, que par une raison nouvelle et nouvellement imaginée par les prudens, il a été reçu qu'on présumât une nouvelle donation en faveur du mari, héritier de son beau-père donataire.

C'est-à-dire ,une autre question qu'il propose immédiatement.

pervixerit, donationes mutuæ valebunt. Nam et circa mortis causa donationes mutuas, id erat consequens dicere, neutri dandam condictionem. Locupletes igitur heredes donationibus relinquent ».

« Secundum hæc, si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, non simul; utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint : an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium (1)? An spectamus uter prius decesserit, ut in ejus persona non valeat donatio ? an uter rediit, ut ejus valeat ? Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint (2) ; quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia rediit (3) ». *d. l.* 32. §. 14. Ulp. *lib.* 33. *ad Sab.*

§. III. *De revocatione.*

LXXXIV. « Sed ubi semel donatorem pœnituit; etiam heredi revocandi potestatem tribuimus ». *d. l.* 32. §. 4.

Hoc ita, « si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem. Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet judex ad comprobandam donationem ». *d.* §. 4.

Ex pœnitentia donationem revocari rescribunt etiam Dioclet. et Maxim. Ita illi Justinæ cuidam, de donatione matri ejus a viro facta : « Quod si liberalitatis tenorem mutata voluntate pater tuus interrupit, in hereditate ejus dominium resedisse nulli dubium est ». *l.* 15. *cod. h. t. v. quod si.*

LXXXV. An revocasse conjux videbitur donationem servi, quum eum heredem instituit ? Interest quo animo fecerit.

V. G. « uxori suæ quis mortis causa servum donavit, eumque (postea) cum libertate heredem scripsit : an valeat institutio, quæritur ? Et puto, si hoc animo eum scripsit heredem quod do-

(1) Captivitate. Porro oratio quæ donationes confirmat, pertinet ad casum quo, morte donatoris, matrimonium solvitur.

(2) Id est, simul mortui esse videantur; adeoque mutuæ donationes valeant.

(3) Adeoque valet donatio facta ei qui rediit; non illa quæ vicissim facta esset ei qui apud hostes decessit.

elles seront toutes confirmées, puisqu'ils seront morts ensemble, et qu'on ne peut pas dire que l'un ait survécu à l'autre, quoique le sénatus-consulte n'ait fait aucune mention du donataire et du donateur qui seraient décédés en même tems; et lorsque l'un n'a pas survécu à l'autre, il faut dire que leurs donations mutuelles seront mutuellement maintenues, parce qu'il est conséquent de dire, par rapport aux donations mutuelles à cause de mort, qu'on ne peut donner action ni à l'un ni à l'autre: leurs héritiers resteront donc plus riches par l'effet de leur donation ».

« D'après quoi, si l'un et l'autre ont été pris par les ennemis, et sont morts en captivité, mais non en même tems, doit-on considérer le tems de leur captivité seul, pour dire que leurs donations seront confirmées, comme s'ils étaient morts en même tems; ou dire qu'elles ne le seront pas, parce que leur mariage a été dissous de leur vivant (1)? Doit-on considérer lequel est mort le premier, pour dire que la donation qui lui a été faite sera éteinte? Doit-on examiner si l'un d'eux est revenu pour confirmer la donation qui lui avait été faite? Mon opinion est que, s'ils ne sont pas revenus, il faut considérer le tems de leur captivité pour les réputer morts (2), et que si l'un des deux est revenu, il est censé avoir survécu à l'autre par son retour (3) ».

§. III. *De la révocation.*

LXXXIV. « Mais dès que le donateur s'est retracté, nous accordons même à son héritier la faculté de révoquer la donation ».

« Il en est ainsi, « s'il apparaît évidemment que le défunt ait changé d'intention; mais s'il y a quelque doute à cet égard, le juge doit pencher pour la confirmation de la donation ».

Dioclétien et Maximien disent pareillement que la donation est révoquée par le repentir du donateur, dans un rescrit adressé à une certaine Justina, sur une donation qui avait été faite à sa mère par son père. « Il n'y a aucun doute que si votre père a fait cesser l'effet de sa libéralité par un changement d'intention, la chose donnée doit rester dans sa succession ».

LXXXV. Si un époux est censé avoir révoqué la donation d'un esclave en l'instituant son héritier, il faut à cet égard savoir dans quelle intention il l'a fait.

Par exemple, un individu a donné à cause de mort, un esclave à sa femme; puis, par son testament, il a accordé la liberté à cet esclave, et l'a fait son héritier. On a demandé si l'institution était

(1) Par la captivité. Or, les donations que confirme le sénatus-consulte, se rapportent aux cas où le mariage est dissous par le décès du donateur.

(2) Qu'ils sont censés morts en même tems, et que par conséquent leurs donations sont confirmées.

(3) Et par conséquent la donation faite à celui qui est revenu, est confirmée, et celle qui avait été faite à celui qui est mort chez les ennemis, est éteinte.

nationis se dixit pœnituisse, valere institutionem; et necessarium heredem domino servum fieri. Cæterum, si posteaquam heredem instituit, donavit, donatio prævalebit; vel si ante donavit, non tamen adimendi animo libertatem adscripsit (heredem) ». *l.* 22. Ulp. *lib.* 3. *ad Sab.*

LXXXVI. Est pœnitentiæ indicium si donator res donatas alienavit aut pignori dedit.

Hoc ita Gordianus : « Si maritus tuus creditores sortitus post factam in te donationem, fundum quem ex donatione juri tuo vindicas, iisdem specialiter obligavit, eamdem obligationem defensionis tuæ firmitatem interrumpere, intelligere debes; quum sit manifestum, non solum hujusmodi obligatione, sed etiam donatione vel venditione, vel alio quolibet modo rebus alienatis, revocatam esse a viro in mulierem factam donationem ». *l.* 12. *cod. h. t.* 5. 16.

Similiter Ulpianus : « Si maritus ea quæ donaverit, pignori dederit; utique eum pœnituisse dicemus, licet dominium retinuit ».

« Quid tamen si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? Finge in possessionem precariam mulierem remansisse, paratamque esse satisfacere creditori. Dicendum est donationem valere. Nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem. Quinimo et si satisfecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones ». *sup. d. l.* 32. §. 5.

Novella CLXXII, cap. 1, Justinianus definit, donationem non videri revocatam, ex eo quod donator rem donatam hypothecæ aut pignori dederit.

Illud procul dubio est, quoad eas duntaxat res de quibus donator disposuit, donationem censeri revocatam. Igitur « qui quasdam res ex his, quas donaverat, legasset, quasdam non; non videbitur cæteras noluisse ad uxorem pertinere. Plerumque (1) enim antea legat, postea donat ».

---

(1) Ante hanc phrasim supplendum puto, *imo interdum nec ipsas res quas legasset. Plerumque enim antea legat, postea donat* uxori res quas legavit. Quo casu, legatum earum rerum quod præcessit, non impediet quominus morte donatoris confirmetur donatio. Quum enim donatio uxori facta fuerit posterior ejus voluntas, magis videtur legatum adimi per hanc donationem, quam donatio infirmari per legatum. Sed et si ante uxori donaverit, postea legaverit : si alia causa fuit legandi, id est si aliunde appareat eum legando non habuisse animum revocandæ donationis, confirmabitur donatio morte, et æstimatio rei debebitur legatario.

validement faite. Je pense qu'elle est validement faite si le testateur a institué cet esclave son héritier, en notifiant qu'il se repentait de l'avoir donné, et que cet esclave est l'héritier nécessaire de son maître : mais que s'il l'a donné depuis qu'il l'avait institué son héritier, la donation doit prévaloir ; et qu'il en serait de même s'il l'avait donné antérieurement, et qu'il n'eût pas dit qu'il l'avait institué héritier pour révoquer sa liberté ».

LXXXVI. Un donateur est censé se retracter lorsqu'il donne en gage, ou aliène la chose qu'il avait donnée.

C'est pourquoi Gordien dit : « Si votre mari a contracté des dettes depuis la donation qu'il vous a faite, et a spécialement hypothéqué à ses créanciers le fonds de terre que vous réclamez en vertu de sa donation, vous devez comprendre qu'il a fait cesser l'obligation sur laquelle vous fondez votre défense, puisqu'il est certain en droit qu'un mari est censé avoir révoqué la donation qu'il avait faite à sa femme, non-seulement en engageant la chose donnée, mais encore en la vendant, en la donnant, ou en l'aliénant de quelque manière que ce soit ».

Ulpien dit également : Si un mari a engagé ce qu'il avait donné à sa femme, nous devons dire que certainement il a révoqué sa donation, encore qu'il retienne la propriété ».

« Mais que faut-il dire s'il a voulu que la donation subsistât malgré cela ? Supposons que la femme ait conservé une possession précaire, et qu'elle soit disposée à payer les créanciers engagistes. Il faudra dire que la donation subsiste ; car si, dès l'origine, il avait donné la chose dans l'intention de l'engager ensuite, il faudrait dire que le donataire aurait l'exception du dol ; et même que si elle avait payé le créancier de son mari, elle pourrait obtenir par l'exception du dol, qu'il lui cédât ses actions ».

Par la Novelle CLXXII, ch. 1., Justinien a décidé que la donation n'était pas censée révoquée parce que le donateur l'avait hypothéquée ou l'avait donnée en gage.

Il est hors de doute que la donation est censée révoquée seulement par rapport aux choses dont le donateur a disposé. Ainsi « le mari qui, ayant donné plusieurs choses à sa femme, en a ensuite légué quelques-unes, n'est pas censé avoir révoqué la donation de celles qu'il n'a point léguées, parce qu'il est ordinaire (1) de léguer et de donner ensuite.

(1) Je pense qu'avant cette phrase, il faut suppléer les mots *imo interdum nec ipsas res quas legasset*, parce qu'il est ordinaire qu'un mari lègue d'abord à sa femme, et ensuite lui donne ce qu'il lui avait légué ; auquel cas le legs qui a précédé n'empêche pas que la donation subséquente ne soit confirmée par la mort du mari, parce qu'elle est censée être sa dernière volonté, et révoquer le legs plutôt que le confirmer. Et même si un mari a d'abord fait une donation à sa femme, puis lui a légué ce qu'il lui avait donné, pour peu qu'il en apparaisse, c'est-à-dire, qu'il n'y ait pas lieu de croire qu'il ait voulu révoquer la donation, cette donation est confirmée par sa mort, et la valeur de la chose donnée est due à sa femme.

« Vel alia causa fuit legandi ». *d. l.* 32. §. 15.

LXXXVII. Pœnitentiam de qua hactenus egimus, « pœnitentiam accipere debemus supremam. Proinde, si uxori donavit, deinde eum pœnituit, mox desiit pœnitere, dicendum est donationem valere, ut supremum ejus spectemus judicium : quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, quum de doli exceptione opposita tractamus : ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum ». *d. l.* 32. §. 3.

§. IV. *De aliis causis ex quibus donationes inter virum et uxorem, morte donatoris, non convalescunt.*

LXXXVIII. Quarta causa est, si donator, quum moritur, de rebus suis disponendi jus non habuerit; aut eo tempore donatarius jus capiendi non habuerit.

Hinc 1°. « si maritus uxori donaverit, et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria ejus damnata sit; revocabitur donatio (1) : quamvis ea, quæ aliis donaverit, valeant, si non mortis causa donavit ». *d. l.* 32. §. 7.

Quod « si miles uxori donaverit de castrensibus bonis, et fuerit damnatus : quia permissum est ei de his testari, si modo impetravit ut testetur quum damnaretur, donatio valebit. Nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est ». *d. l.* 32. §. 8.

Ex constitutione Constantini, marito ob qualicumque crimen capite plexo, ea quæ uxori ante crimem donavit, fiscus non aufert. Quod si deportatus fuerit, donatio tunc confirmatur, quum post deportationem in eadem voluntate decesserit ». *l.* 24. *cod. h. tit.* 5. 16.

Hinc 2°. « si donator servus fuerit effectus privati (2), dicendum est non impletam, sed peremptam donationem; quamvis morti (3) servitus comparetur ». *d. l.* 32. §. 6.

Secus, si captivus decesserit: ob fictionem legis Corneliæ (4). *l. fin. cod. h. t.* 5. 16.

---

(1) Nec enim morte potuit confirmari, quum donatarius tempore mortis suæ non habuerit jus donandi.

(2) Puta a patrono in servitutem revocatus sit; vel major viginti annis se ad pretium participandum venumdari passus est.

(3) Donatio confirmatur morte conjugis donatoris : servitus comparatur morti; ergo videretur donationem confirmari debere ejus servitute : hæc erat ratio dubitandi. Ratio decidendi est, quod donatio confirmatur ejus demum morte, qui integri status et cum jure disponendi moritur.

(4) Quæ fingit eum decessisse civem et sui juris, eo momento quo captus est.

« On peut avoir des motifs de léguer ce qu'on a donné ».

LXXXVII. Par la rétractation dont nous avons parlé ci-dessus, « il faut entendre celle de dernière volonté. Si donc un mari, ayant donné à sa femme, s'en est ensuite rétracté, mais s'est désisté de cette rétractation, il faut dire que la donation subsiste en vertu de sa dernière volonté, comme nous avons coutume de le décider par rapport aux fidéicommis et aux legs auxquels on oppose l'exception du dol, parce que la volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'au dernier moment de sa vie ».

§. IV. *Des autres cas où les donations entre mari et femme ne sont pas confirmées par la mort du donateur.*

LXXXVIII. Le quatrième cas est celui où le donateur n'a pas le droit de disposer de ses biens à l'instant de son décès, ou bien le donataire celui de recevoir des donations.

C'est pourquoi, 1°. « si un mari a donné à sa femme, et qu'ensuite il se soit suicidé pour se soustraire à ses remords, ou que sa mémoire ait été flétrie pour quelque crime, cette donation sera révoquée (1), nonobstant la confirmation de celles qu'il aurait faites à d'autres, pourvu qu'il ne les ait pas faites à cause de mort ».

« Mais si un militaire a donné à sa femme des objets de son pécule castrense, et a été condamné, comme il en peut disposer par testament, la donation aura son effet, s'il a obtenu la permission de tester, quoique condamné, parce que celui qui peut tester peut aussi donner à cause de mort ».

Par une constitution de Constantin, le fisc ne peut pas dépouiller la femme de ce que son mari lui avait donné avant de commettre le crime pour lequel il a subi la peine capitale; mais s'il a été déporté, sa donation ne sera confirmée qu'autant qu'il sera mort sans la rétracter après sa déportation.

C'est pourquoi, 2°. « si un donateur est devenu esclave d'un homme privé (2), il faut dire que sa donation sera périmée, quoique l'état de servitude soit assimilé à la mort (3) ».

Il en sera autrement s'il est mort captif chez l'ennemi, à cause de la fiction de la loi *Cornelia* (4).

---

(1) Parce qu'elle n'a pas pu être confirmée par la mort, la donataire n'ayant pas à cette époque le droit de recevoir les donations qui lui ont été faites.

(2) Par exemple, s'il a été rappelé à la servitude par son patron, ou si, ayant plus de vingt ans, il a permis qu'on le vendît pour partager le prix de sa liberté.

(3) La donation est confirmée par la mort de l'époux donateur, et la servitude est assimilée à la mort. Il semblerait donc que la donation devrait être confirmée par sa servitude : telle était la raison de douter. La raison de décider est que la donation n'est confirmée que par la mort de celui qui est décédé sans avoir changé d'état, et avec la faculté de donner.

(4) Laquelle suppose qu'il est mort citoyen, et libre au moment où il a été pris par les ennemis.

LXXXIX. Quinta causa. Ex constitutione Justiniani cessat oratio, si donatio ejus summæ, propter quam insinuatio necessaria est, non fuerit insinuata. Hoc enim casu morte donatoris non convalescit, nisi fuerit expresse per ultimam voluntatem confirmata. *l.* 25. *cod. h. t.* 5. 16.

XC. Sexta causa propria est illis personis quæ, non propter suum, sed propter eorum quos in potestate habent, aut quibuscum in eadem potestate sunt, matrimonium, donare prohibentur.

Illæ donationes non possunt, ex senatusconsulto, confirmari morte donatoris, si eo tempore duret adhuc illud matrimonium, propter quod donari prohibetur.

V. G. si socer nurui donavit, non sufficit eum vivo donatario in eadem voluntate mori. « Ut igitur valeat donatio ista, Papinianus exigit ut et filius ejus, qui donavit, ante decesserit (1), et socer postea, durante voluntate ». *d. l.* 32. §. 16. *v. ut igitur.*

Et hac in re istæ personæ differunt ab ipsis conjugibus. Nam et « si filiusfamilias, qui castrense (2) peculium habet, vel qui castrense (3), uxori donet; filii (4) personam et mortem spectabimus ». *d. l.* 32. §. 17.

XCI. Est alia causa ex qua non convalescunt donationes, quum socer genero aut nurui, vel vice versa, aut consocer consocero donavit. Scilicet illæ donationes convalescere posse desinunt, per emancipationem alterutrius e conjugibus.

Hinc, « si consocer consocero donaverit, et alter eorum, vel uterque copulatos emancipaverit, debet dici donationem ad orationem non pertinere; et ideo infirmari (5) donationem ». *d. l.* 32. §. 21.

---

(1) Nam si, quum donator moritur, adhuc vivat filius, stetque matrimonium propter quod donator prohibebatur donare; non poterit convalescere donatio morte donatoris, nondum remoto impedimento.

(2) Si ex alio peculio donaret; quum ad patrem pertineat, magis pater ejus cujus voluntate donasset, quam ipse donare videretur.

(3) Hæc verba, *vel quasi castrense*, interpolata sunt a Triboniano.

(4) Duntaxat, non patris.

(5) Id est, non confirmari. Oratio enim seu senatusconsultum, factum est de donationibus inter conjuges, eosve in quorum potestate sunt. Quum igitur per emancipationem donationes ab his personis factæ desierint esse in ea causa, desinunt ad senatusconsultum pertinere.

LXXXIX. Cinquième cas. Le sénatus-consulte cesse d'avoir lieu, par une constitution de Justinien, lorsque la donation d'une somme qui en rendait l'insinuation nécessaire, n'a pas été insinuée, parce que, dans ce cas, elle n'est confirmée par la mort du donateur, qu'autant qu'il l'aurait confirmée lui-même expressément par ses dernières volontés.

XC. Le sixième cas est propre à ceux qui ne peuvent pas se faire des donations, non à cause de leur mariage, mais à cause de celui des personnes qui sont sous leur puissance, ou sous la même puissance qu'eux.

Leurs donations ne peuvent pas être confirmées par la mort du donateur, en vertu du sénatus-consulte, si, à la mort du donateur, le mariage qui les rendait nulles n'est pas encore dissous.

Par exemple, si un beau-père a donné à sa belle-fille, il ne suffit pas qu'il meure dans la même intention avant la donataire, « pour que la donation ait son effet : Papinien exige donc que son fils soit mort avant lui (1), et qu'il meure lui-même sans la rétracter ».

Et en cela ces personnes diffèrent des époux eux-mêmes; car « un fils de famille peut donner à sa femme son pécule castrense (2) ou quasi-castrense (3), et alors il faut considérer sa mort et sa personne (4) pour que sa donation soit confirmée ».

XCI. Il y a un autre cas où ces donations ne sont confirmées ni entre le beau-père ou son gendre et sa bru, ni entre les deux beaux-pères, savoir le cas d'émancipation de l'un des deux époux.

C'est pourquoi, « si un beau-père a donné à l'autre, et que l'un et l'autre, ou l'un des deux, ait émancipé son fils ou sa fille, on doit dire que leur donation n'est pas comprise dans le sénatus-consulte, et par conséquent qu'elle est infirmée (5) ».

---

(1) Car si le fils vit encore à la mort du donateur, et que le mariage pour lequel la donation était prohibée ne soit pas dissous, cette donation ne pourra pas être validée par la mort du donateur, l'empêchement de cette donation subsistant encore.

(2) S'il avait donné quelque chose d'un autre pécule, comme ce qu'il aurait donné aurait appartenu à son père, ce serait son père, et non pas lui, qui serait censé avoir donné, s'il avait donné du consentement de son père.

(3) Ces mots, *vel quasi castrense*, ont été interpolés par Tribonien.

(4) Seulement, et non celle de son père.

(5) C'est-à-dire, qu'elle n'est pas confirmée; car le discours d'Antonin, où le sénatus-consulte, n'est applicable qu'aux donations entre époux et entre ceux sous la puissance desquels ils sont. Comme donc leurs donations changent d'espèce par l'émancipation, elles cessent aussi d'être comprises dans ce discours ou dans ce sénatus-consulte.

TITULUS II.

De divortiis et repudiis.

SUPERIORE libro tractarunt Pandectarum ordinatores quomodo contraheretur matrimonium, nec non de jure dotium; cui tractationi subjecerunt tractationem de jure donationem inter virum et uxorem. Jam tempestivum est ut agant de modis dissolvendi matrimonii.

I. « Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute alterutrius eorum ». *l.* 1. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Et in hoc differt captivitas a deportatione. Nam « matrimonium deportatione, vel aquæ et ignis interdictione non solvitur; si casus in quem maritus incidit, non mutet uxoris affectionem (1) » *l.* 1. *cod.* 5. 17. *de repud.* Alexander.

Sed captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio (2) est ». *l.* 12. §. 4. *ff.* 49. 15. *de capt. et postlim. revers.* Trypon. *lib.* 4. *disput.*

At vero nudo consensu non dirimitur matrimonium.

Hinc Theodosius et Valentinianus : « Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio dissolvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum ». *l.* 8. *cod.* 5. 17. *de repud.*

De his solvendi matrimonii modis non plura traduntur in hoc Titulo : fusius autem disceptatur *de divortiis et repudiis.*

Circa quæ videndum : 1°. Quid sit divortium, et quis divertere vel repudium mittere possit; 2°. quæ divortii forma; 3°. quando et quomodo divortium puniatur; 4°. denique apud quem post divortium liberi educari debeant.

ARTICULUS I.

Quid sit divortium, et quis divertere vel repudium mittere possit?

II. Potest definiri divortium, legitima viri ac mulieris separatio hoc animo facta, ut nunquam redintegretur matrimonium.

---

(1) Id est, si uxor velit in matrimonio perseverare. Videb. infra hoc *lib. tit.* 3. *solut. matrim. n.* 19.

(1) Quum nullum esse possit matrimonium cum servo; tamen in aliqua re videntur captivorum uxores nuptarum loco; scilicet quod, donec revertatur captivus, ad alias nuptias convolare non possint; ut vid. supra, *lib.* 23. *tit. de rit. nupt. n.* 22.

TITRE II.

Des divorces et des répudiations.

Les rédacteurs des Pandectes ont traité, dans le livre précédent, de la manière dont se contractait le mariage, et du droit dotal, et ensuite du droit qui régit les donations entre mari et femme. C'est ici le lieu de dire de quelle manière se dissout le mariage.

I. « Le mariage se dissout par le divorce, par la mort, par la captivité, ou par tout autre espèce de servitude de l'un des deux époux ».

Et en cela diffère la captivité de la déportation; car « le mariage n'est pas dissous parce que le mari a été déporté, ou qu'on lui a interdi le feu et l'eau, si toutefois cette dégradation n'empêche pas sa femme de lui rester attachée (1) ».

Mais s'il est devenu captif, encore que sa femme ne veuille pas le quitter et qu'elle vive toujours avec lui, leur mariage ne subsiste plus (2) ».

Mais le mariage ne se dissout pas par le simple consentement des parties.

C'est pourquoi Théodose et Valentinien disent : « Quoique les mariages permis par la loi se contractent par le seul consentement des époux, nous voulons qu'ils ne puissent se dissoudre qu'après l'envoi du libelle de répudiation, parce que la faveur due aux enfans exige que la dissolution en soit difficile ».

Nous n'en dirons pas davantage dans ce titre sur ces manières de dissoudre le mariage; mais nous traiterons plus au long des divorces et des répudiations.

Nous examinerons sur cette matière, 1°. ce que c'est que le divorce, quelles personnes ont le droit de divorcer ou d'envoyer le libelle de répudiation; 2°. quelle est la forme du divorce; 3°. quand et comment le divorce est puni; 4°. enfin par qui les enfans doivent être élevés après le divorce.

ARTICLE I.

Ce que c'est que le divorce, et qui peut demander le divorce, ou envoyer le libelle de répudiation.

II. On peut définir le divorce la séparation légitime du mari et de la femme dans l'intention de ne jamais se réintégrer dans leur mariage.

---

(1) C'est-à-dire, si la femme veut encore vivre dans le mariage. Voyez ci-après le titre qui traite *de la dissolution du mariage*, *n.* 19.

(2) Nonobstant la nullité du mariage contracté avec un esclave, cependant les femmes des captifs sont assimilées en quelque chose aux femmes légitimes; savoir, en ce que, jusqu'au retour de leur mari, elles ne peuvent pas contracter d'autres mariages, comme on l'a vu *liv.* 23, *tit. des solennités du mariage.*

« Divortium autem, vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium ». *l.* 2. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

III. Romulus viris, nonnisi ex causa adulterii aut quorumdam facinorum ab uxore perpetratorum repudiare eam permittebat: si contra facerent, bona eis adimi sanxerat; quorum dimidia pars uxori repudiatæ cederet, altera sacraretur Cereri. Plutarch. *in Romulo.*

Lex vero XII. Tabularum videtur permisisse viris ut suas pro lubitu repudiarent uxores (1). Diutissime tamen Romani hac legis indulgentia usi non sunt, quum sexto demum ab urbe condita sæculo primus apud ipsos Sp. Carvisius quidam uxorem repudiaverit (2). Imo, postquam viri repudiare uxores cœperunt, ratum quidem erat divortium, etsi absque ulla causa uxor dimissa fuisset: verum aliquandiu obtinuit ut vir censoris notam non effugeret, nisi hoc fecisset ex amicorum assensu (3), et justa de causa.

Quod ad mulieres attinet, non poterant repudiare viros in quorum potestate erant (4), matrimoniis scilicet per confarreationem et coemptionem 5) celebratis. Quum autem his modis contractum non erat matrimonium, mulier, aut etiam pater ejus, (si esset illa in potestate patris), poterat et quidem ea invita (6) viro repudium mittere; scilicet antequam vir uxorem usu cepisset. Semel enim usucapta, nec ipsa jam poterat repudiare virum cujus in potesta-

---

(1) Hoc colligere est ex illo Ciceronis textu *Philipp.* 2. *Frugi factus est, minam illam suam res suas sibi habere dixit: ex lege XII Tab. claves ademit, exegit.*

(2) Gellius 4. 3. ait hoc evenisse anno U. C. 523. M. Attilio et Valerio coss. Is Carvisius egregie dilexit uxorem quam dimisit; sed quia jurare a censoribus coactus erat, se uxorem liberorum quærendorum gratia habiturum, ea autem liberos parere non posset, jurisjurandi religionem animo atque amori prævertit.

(3) Refert Valerius-Max. censores senatu movisse L. Antonium, quod virginem, quam in matrimonium duxerat, repudiasset; nullo amicorum in consilium adhibito.

(4) Hinc apud Plaut. in *Mercat. act.* 4. *scen.* 6. Syra sic conqueritur:

Si vir scortum duxit, clam uxorem suam;
Id si rescivit uxor, impune est viro:
Uxor viro si clam domo egressa est foras,
Viro fit causa; exigitur matrimonio.
Utinam lex esset eadem! etc.

(5) Vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 6. *de his qui sui vel alieni jur. n.* 9.

(6) Hinc apud Ennium filia de patre sic queritur:

Si improbum esse Cresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum, invitam cogis linquere?

« Le divorce tire son nom de la diversité des caractères de ceux qui rompent leur mariage, ou des divers partis qu'ils prennent après l'avoir rompu ».

III. Romulus ne permettait à un mari de répudier sa femme que dans le cas d'adultère ou de certains crimes commis par elle. Il avait aussi ordonné que la moitié des biens de la femme répudiée lui fût laissée, et l'autre consacrée à Cérès.

Mais la loi des douze Tables paraît avoir permis aux maris de répudier leurs femmes à volonté (1). Cependant les Romains furent long-tems sans user de cette disposition facultative, puisque ce ne fut que dans le sixième siècle de la fondation de Rome qu'un certain Sp. Carvisius répudia le premier sa femme (2), et même depuis que les maris eurent suivi cet exemple, le divorce était à la vérité confirmé, bien qu'on n'en donnât aucune raison; mais un mari qui renvoyait sa femme encourait la repression des censeurs, quand il l'avait renvoyée sans un juste motif, et sans l'approbation de ses amis (3).

Quant aux femmes, elles n'avaient pas la même faculté de répudier leurs maris sous la puissance desquels elles étaient (4) lorsqu'elles s'étaient mariées par confarréation et coemption (5); mais quand elles s'étaient mariées sans ces solennités, elles pouvaient envoyer le libelle de répudiation, et leur père, si elles étaient sous sa puissance, pouvait aussi l'envoyer, même malgré elles (6), si leurs maris n'en avaient pas acquis la prescription par l'usage; car s'ils en avaient acquis la prescription, elles n'étaient plus admises

(1) C'est la conséquence qu'on tire de ce texte de Cicéron, *Philipp.* 2. *Frugi factus est, mimam illam suam res suas sibi habere dixit*, et de la loi des douze Tables : *Claves ademit, exegit.*

(2) Aulu-Gelle, 4, 3, dit que ce fut en l'an 523 de Rome, sous le consulat de M. Attilius et de Valerius. Ce Carvisius aimait beaucoup la femme qu'il répudia, parce qu'il avait été forcé par les censeurs de jurer qu'il l'épousait pour en avoir des enfans, et que l'ayant trouvée stérile, il préférait de tenir son serment, à remplir les engagemens de son inclination.

(3) Valère-Maxime rapporte que les censeurs firent chasser du sénat L. Antoine, qui avait répudié, sans le conseil de ses amis, une femme qu'il avait épousée.

(4) C'est pourquoi, dans Plaute, *Mercat. act.* 4, *scèn.* 6, Syra se plaint en ces termes : « Si un mari a eu des liaisons clandestines avec une femme » publique, et que sa femme l'ait su, elle ne pourra pas s'en plaindre, et si » une femme est sortie secrètement de la maison de son mari, celui-ci aura » action contre elle, et pourra faire dissoudre son mariage. Pourquoi la loi » n'est-elle pas égale, etc. »?

(5) Voy. ci-dessus, *liv.* 1, le titre qui traite *de ceux qui sont ou ne sont point sous la puissance d'autrui.*

(6) C'est pourquoi, dans Ennius, une fille se plaint ainsi de son père : « Si vous pensiez que Cresphonte fût un malhonnête homme, pourquoi » m'avez-vous mariée avec lui? Si c'est un honnête homme, pourquoi vou- » lez-vous nous séparer malgré lui et malgré moi »?

tem transierat; nec pater ejus, à quo patria in filiam potestas ad virum fuerat translata.

Hodie, quum conventio uxorum in manum viri, et earum usucapio exoleverint (1), possunt mulieres per se quidem ipsæ repudiare viros: patris autem earum potestas aliquatenus hac in re mitigata est. Enimvero « bene concordans matrimonium separari a patre D. Pius prohibuit. Paul. *sent. lib.* 5. *tit.* 6. §. 15.

Quod D. Pius constituerat, confirmavit D. Marcus. Sic enim rescribunt Dioclet. et Maxim.: « Dissentientis patris, qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem D. Marcus, pater noster, religiosissimus imperator, constituit (2); nisi magna et justa causa interveniente (3), hoc pater fecerit ». *l.* 5. *cod.* 5. 17. *de repud.*

Obiter nota: « Invitam autem ad maritum redire, nulla juris præcipit constitutio ». *d. l.* 5.

« Emancipatæ vero filiæ pater divortium in arbitrio suo non habet ». *d. l.* 5. *v. fin.*

Multo magis, « filiæ divortium in potestate matris non est ». *l.* 4. *cod. d. tit. eidem.*

ARTICULUS II.

Quæ sit forma divortii?

IV. Quum uxor in manum viri convenerat, divortium debebat fieri per remancipationem (4); et quidem si per confarreationem contractum erat matrimonium, necesse erat intervenire diffarreationem (5).

---

(1) Jam sub Tiberio fere prorsus exoleverat confarreatio. Cæteri ritus acquirendæ viro patriæ in uxorem potestatis, quamvis serius in usu remanserint, sensim tamen et ipsi exolverunt.

(2) Vid. *tit.* 29. *de liber. exhib.* infra, *lib.* 43.

(3) Maxime autem potest adhuc pater filiæ, quam in potestate habet, nomine repudium genero mittere, quum illa queri ipsa non potest, eo quod furiosa sit: ut patet ex *l.* 4. *h. tit.* et *l.* 22. §. 9. *ff.* 24. 3. *soluto matrim.* infra, *n.* 6 et 7.

(4) *Remancipatam Gallus-Ælius esse ait quæ emancipata sit ab eo cui in manum convenerat.* Festus in verbo *remancipatam.* Idem autem erat modus emancipandi uxorem quæ in manum convenerat, ac emancipandi filiam; de qua emancipationis forma vid. supra, *lib.* 1. *tit.* 6. *adopt. et emanc. sect.* 2. *art.* 1.

(5) *Erat* (sicut et ipsa confarreatio) *genus sacrificii quod fiebat farreo libo adhibito.* (Festus in verbo *diffarreatio.*)

à les répudier, non plus que leurs pères, dont la puissance sur leurs filles avait passé à leurs maris.

Comme aujourd'hui un mari n'a plus la haute-main sur sa femme, et n'en acquiert plus l'usucapion (1), les femmes peuvent elles-mêmes répudier leurs maris, et la puissance de leur père est un peu modifiée à cet égard. En effet, « Antonin-le-Pieux a voulu qu'un père ne pût pas séparer sa fille d'un mari avec lequel elle vivait en bonne intelligence ».

Marc-Aurèle confirma à cet égard ce qu'avait établi Antonin-le-Pieux; car Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit: « Marc-Aurèle, notre auguste père et très-religieux empereur, a voulu (2) qu'on rejetât la demande d'un père qui, ayant dans l'origine consenti au mariage de sa fille, voudrait ensuite la séparer d'un mari avec qui elle vivait en bonne intelligence, sans en alléguer une cause légitime (3)».

Observez en passant que « aucune constitution n'ordonne à une femme de retourner malgré elle chez son mari ».

« Mais un père ne peut pas arbitrairement provoquer le divorce de sa fille émancipée ».

A plus forte raison, « une mère n'a pas le pouvoir de faire divorcer sa fille ».

ARTICLE II.

De la forme du divorce.

IV. Lorsqu'une femme avait passé sous la puissance de son mari, le divorce ne pouvait pas avoir lieu sans qu'elle rentrât sous la puissance de son père (4), et même si elle avait été mariée par confarréation, il fallait que son divorce fût précédé de la diffarréation (5).

---

(1) La confarréation était déjà presque abolie du tems de Tibère; et quoique tous les autres moyens par lesquels un mari acquérait la puissance paternelle sur sa femme aient subsisté plus long-tems, ils sont cependant aussi tombés insensiblement en désuétude.

(2) Voyez le titre qui traite *des enfans que l'on doit exhiber ou représenter*, ci-après, *liv.* 43.

(3) Mais un père peut encore envoyer le libelle de répudiation à son gendre, au nom de sa fille, surtout lorsqu'elle est incapable de s'en plaindre elle-même, à raison de son état de démence, comme on le voit par la *l.* 4. *h. tit.* et par la *l.* 22. §. 9. *ff. sur la dissolution du mariage*, *n* 6 et 7 ci-après.

(4) Gallus Ælius dit qu'une femme cesse d'être émancipée par son père, lorsqu'elle l'est par celui sous la puissance duquel elle avait passé. Voyez Festus, au mot *remancipatam*. La manière d'émanciper une femme qui avait passé sous la puissance de son mari, était la même que celle d'émanciper une fille. Sur la forme de cette émancipation, voyez ci-dessus, *liv.* 1, le titre *de l'adoption et de l'émancipation*, *sect.* 2. *art.* 1.

(5) C'était, comme la confarréation elle-même, une espèce de sacrifice d'un gâteau de farine et d'huile. Voy. Festus, au mot *diffarreatio*.

Quod si uxor in manu viri non esset, nulla, hoc casu, ante legem Juliam solennitas ad divortium requirebatur, sufficiebatque qualiscumque renuntiatio voluntatis. Solebat tamen vir, quum uxorem repudiabat, claves ei adimere, eamque domo ejicere (1), reddita ipsi dote quam attulerat. Vicissim mulier quæ repudiabat virum, claves ei reddebat (2) et exibat domo. Sed et absens conjux per nuntium poterat conjugem repudiare, aut per epistolam; sic enim M. Tullius Cicero Terentiam conjugem repudiavit epistola ad ipsam scripta.

Postea, lege Julia, certa forma divortiis constituta est. Et hæc « lex Julia *de adulteriis*, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet ». *l. v. fin. ff.* 38. 11. *unde vir et uxor.* Ulp. *lib.* 47. *ad ed.*

Scilicet « nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, præter libertum (3) ejus qui divortium faciet. Libertum accipiemus [etiam] eum qui a patre, avo, proavo, et cæteri sursum-versum manumissus sit ». *l.* 9. Paul. *lib.* 2. *de adult.*

Moris item videtur fuisse ut in divortiis frangerentur tabulæ nuptiales (4); denique ut repudium in acta referretur (5).

Erant etiam solennia verba. Nimirum: « In repudiis (autem), et renuntiationibus, comprobata sunt hæc verba: *tuas res tibi habeto;* item hæc: *tuas res tibi agito. l.* 2. §. 1. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

V. Maxime autem ad divortiorum substantiam requiritur in persona repudiantis enixa discedendi in perpetuum voluntas, quæ alteri conjugi renuntietur.

Enimvero « divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissentionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio: si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur ». *l.* 3. Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Maxime autem antequam libellus repudii traderetur, « si pœni-

---

(1) Vid. supra nota (1) ad *n.* 3.

(2) Ambros. epist. 5. *mulier offensa claves remisit, domum* (paternam) *revertit.*

(3) Libellus repudii mittebatur per libertum:

Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi.

Juvenal. satyr. 6.

Juvenal. satyr. 9.... *Tabulas quoque fregerat.*

(5) Hoc ait Suetonius protervam describens libidinem imperatoris Caii, qui ad sollicitandam tutius fœminarum pudicitiam, quibusdam *absentium maritorum nomine repudium ipse misit, jussitque in acta referri.* (Suetoa. in Caligula, 36.)

Mais si une femme n'était point encore passée sous la puissance de son mari, il n'y avait, avant la loi *Julia*, aucune formalité à remplir pour opérer le divorce; il suffisait de vouloir l'opérer. Cependant le mari qui se proposait de répudier sa femme avait coutume de lui ôter les clefs de sa maison et de l'en faire sortir (1), après lui avoir rendu la dot qu'elle lui avait apportée. Réciproquement, la femme qui répudiait son mari, lui rendait les clefs de sa maison (2), et en sortait. Un époux absent pouvait même répudier l'autre par message, ou par lettre; car Marcus-Tullius-Cicéron avait répudié Térentia sa femme de cette manière.

Mais dans la suite la loi *Julia* prescrivit certaine forme pour le divorce. « Cette même loi *Julia*, sur les adultères, déclare non-advenus les divorces qui n'auront pas été faits avec certaine formalité ».

C'est-à-dire, que le divorce qui n'aura pas été fait en présence de sept citoyens romains pubères, et en outre d'un affranchi de celui qui l'a demandé (3), sera nul. Par cet affranchi, nous entendons celui qui a été affranchi par le père, l'aïeul, le bisaïeul, ou autre ascendant ».

Il paraît aussi qu'il était d'usage, dans le divorce, de lacérer le contrat de mariage (4), et d'insinuer le libelle du divorce dans les registres publics (5).

Il y avait pareillement une formule de paroles, c'est-à-dire que, « dans le libelle de répudiation, on avait adopté ces expressions, *jouissez de ce qui vous appartient*, ou bien *faites vos affaires vous-mêmes*.

V. Mais il était surtout requis pour l'essence du divorce, que l'époux qui le demandait annonçât la volonté de se séparer à perpétuité de celui qu'il répudiait.

En effet, il n'y a pas de divorce véritable sans une séparation perpétuelle. C'est pourquoi on ne confirme ce qui a été dit ou fait dans la colère qu'après avoir reconnu qu'il y avait persévérance; et il n'est pas censé y avoir eu divorce, encore qu'une femme ait envoyé le libelle de répudiation à son mari dans la colère, si elle est bientôt après retournée chez lui ».

Mais, surtout avant que le libelle de répudiation soit remis, « si

---

(1) Voy. ci-dessus la note (1), pag. 161, *n.* 3.

(2) *Ambros.* epit. 5, dit. « Cette femme offensée remit à son mari les » clefs de sa maison, et retourna chez son père ».

(3) Le libelle de répudiation s'envoyait par un affranchi. « Faites vos pa» quets et allez vous-en, dira l'affranchi ». Juvénal, *satyr.* 6.

(4) Juvénal, *satyr.* 9, dit : « On avait aussi lacéré le contrat ».

(5) Suétone dit, en décrivant la débauche de l empereur Caius, que pour obtenir plus sûrement les faveurs des femmes, il envoya lui-même à quelques-unes le libelle de répudiation, au nom de leurs maris absens, et le fit inscrire dans les registres publics. Voy. Suétone, *in Caligula*, *n.* 36.

tuit eum qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum est ».

« Nisi, pœnitentia cognita, is qui accepit ipse voluit matrimonium dissolvere : tunc enim per eum qui accepit, solvitur matrimonium ». *l.* 7. Papin. *lib.* 1. *de adult.*

VI. Ejus autem a quo divortitur, nec voluntas nec scientia requiritur.

Nam « licet repudii libellus non fuerit traditus, vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium ». *l.* 6. *cod.* 5. 17. *de repud.* Diocl. et Maxim.

« Sive autem ipsi præsenti renuntietur, sive absenti per eum qui in potestate ejus sit, cujusve is eave in potestate sit, nihil interest ». *l.* 2. §. 3. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

Hinc solvitur sequens quæstio : « Julianus, libro 18 digest., quærit an furiosa repudium mittere, vel repudiari possit? Et scribit furiosam repudiari posse (1), quia ignorantis loco habetur : repudiare autem non posse, neque ipsam propter dementiam (2), neque curatorem ejus; patrem tamen ejus (3) nuntium mittere posse : (quod non tractaret de repudio (4) nisi constaret retineri matrimonium). Quæ sententia mihi videtur vera ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 26. *ad Sab.*

Quod tamen dicitur furiosæ conjugi repudium mitti posse, sic accipe, ut divortium quidem jure fiat, solvatque matrimonium : cæterum culpa repudiantis dirimi matrimonium videtur, nisi furor fuerit intolerabilis.

Hoc docet Ulpianus. Ita ille : « Si maritus vel uxor constante matrimonio furere cœperint, quid faciendum sit tractemus? Et quidem dubio procul observatur, eam personam, quæ furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda sit, considerandum est? Et si quidem intervallum furor habeat; vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium : sciente (5) ea persona quæ, quum compos

(1) Quia non requiritur consensus repudiatæ personæ.

(2) Requiritur enim voluntas divortendi in repudiante.

(3) Scilicet eo casu quo in potestate patris esset : infra, *n.* 7.

(4) Obiter notat matrimonium furore alterius conjugum ipso jure non solvi; et probat illud durare, ex eo quod de repudio in hoc casu tractet Julianus. Nec enim repudiari posset matrimonium, quod ipso jure esset solutum.

(5) Id est, quod si alter conjux *ita furenti nuntium miserit*, sciat culpa sua matrimonium solutum iri.

celui qui l'a donné à remettre s'est retracté, bien qu'il ait été remis par ignorance de ce changement d'intention, il faut dire que le mariage n'est pas dissous ».

« A moins que l'époux qui l'a reçu ne veuille lui-même le dissoudre, malgré cette retractation, parce qu'alors il est dissous par ce dernier ».

VI. On n'exige ni volonté, ni connaissance de la part de l'époux à qui l'on a envoyé le libelle de répudiation.

Car « le mariage est dissous, encore que le libelle de répudiation n'ait point été remis au mari, et qu'il en ait même ignoré l'envoi ».

« Et il importe peu à cet égard qu'il ait été annoncé à lui-même en personne, ou en son absence à une personne sous sa puissance, ou sous la puissance de laquelle il est ».

De là résulte la solution de la question suivante : « Julien demande si une femme folle peut répudier ou être répudiée; et il pense qu'elle peut être répudiée, parce qu'on l'assimile à celui qui est répudié sans le savoir (1); mais qu'elle ne peut pas répudier elle-même, ni par son curateur, à raison de sa folie (2); et que son père peut cependant envoyer le libelle en son nom (3); ce qui n'aurait pas lieu si la folie d'un des époux déterminait la dissolution du mariage (4). Cette opinion me paraît juste ».

Ce qui vient d'être dit, qu'on pouvait envoyer le libelle de répudiation à une femme folle, s'entend toutefois en ce sens, que le divorce a lieu de droit, et dissout le mariage; mais qu'il est censé dissous par la faute de l'époux qui a envoyé le libelle, à moins que la folie de l'autre ne soit pas supportable.

C'est ce qu'enseigne Ulpien. « Voyons, dit-il, ce qu'il faut faire dans le cas où l'un des deux époux tombe en démence durant le mariage. On regarde comme certain et constant que celui qui est tombé en démence ne peut envoyer le libelle de répudiation, parce qu'il ne sait ce qu'il fait; mais que si sa folie a des intervalles lucides, ou même quand elle serait perpétuelle, si elle est supportable, on ne peut pas dissoudre le mariage, l'autre époux devant d'ailleurs savoir (5) que, comme nous venons de le dire,

(1) Parce que le consentement de l'époux répudié n'est pas nécessaire.

(2) Parce que la volonté de faire divorce est requise dans celui qui répudie.

(3) C'est-à-dire, dans le cas où il serait sous la puissance de son père. Voy. ci-après, n. 7.

(4) Il observe en passant que le mariage n'est pas dissous de droit par la folie d'un des époux, et il le prouve par ce que dit Julien sur le libelle de répudiation envoyé dans ce cas, c'est-à-dire, que le mariage ne pourrait pas être dissous par la répudiation, s'il l'était de droit.

(5) C'est-à-dire, que si l'un des époux envoie le libelle de répudiation à l'autre pendant sa folie, il doit savoir que le mariage sera dissous par sa faute.

mentis esset, et ita furenti (quemadmodum diximus), nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas. *Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse?* Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis; et forsitan altera persona vel propter sævitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandæ sobolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis, personæ furenti nuntium mittere; ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum, neque in damnum (1) alterutra pars incidat ». *l.* 22. §. 7. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

VII. Quamvis autem furiosa conjux, nec ipsa, nec alius pro ea repudium mittere possit; tamen si vir eam non curaverit, aliis modis ei subveniri docet idem Ulpianus. Ita ille: « Sin autem, in sævissimo furore muliere constituta, maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris; et non ad eam flectitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat, vel curator furiosæ, vel cognati, adire judicem competentem; quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta præstare, et medicinæ ejus succurrere, et nihil prætermitti, quæ maritum uxori adferre decet, secundum dotis quantitatem.

Sin vero dotem ita dissipaturus (ita) manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solatium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quæ inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus, et alterius expectantibus sanitatem aut mortis eventum ». *d. l.* 22. §. 8.

Quod diximus pro furiosa repudium viro mitti non posse, sic accipe nisi sit filiafamilias. Nam hoc casu « item pater furiosæ utiliter intendere, sibi filiæve suæ reddi dotem potest: quamvis enim furiosa nuntium mittere non possit, patrem tamen ejus posse certum (2) est ». *d. l.* 22. §. 9.

VIII. Vidimus ad divortium voluntatem ejus qui divortit, non autem ejus qui repudiatur, requiri.

Præterea constituit Justinianus ut, qui repudiant conjuges, petant consensum patrum aut matrum qui dotes donationesve *propter nuptias* pro ipsis dederunt aut susceperunt: ne scilicet facto filii, filiæve divortentis pater prægravetur, et fiat obnoxius exactioni dotis aut donationis *propter nuptias* quam suscepit; aut ne dotem quam pro filia, aut donationem *propter nuptias* quam

(1) In pœnam de qua infra, *art.* 3.

(2) Supra *n.* 3 cum notis.

il serait dissous par sa faute, s'il envoyait le libelle à l'autre dans cet état, parce que rien n'est plus naturel que de soumettre le mari à supporter les maux de sa femme, et la femme à supporter ceux de son mari. Mais si cette folie est telle qu'il n'y ait pas lieu d'en espérer la guérison, et qu'elle expose imminemment ceux qui servent la malade, l'autre époux pourra peut-être, à raison du danger qu'il court lui-même, ou s'il n'a pas d'enfans, d'après le désir qu'il éprouve d'en avoir d'un autre mariage, lui envoyer le libelle de répudiation, sans qu'il soit censé avoir dissous le mariage par la faute de l'un ni de l'autre, et sans que l'un ni l'autre encourre la peine de la loi (1) ».

VII. Bien que dans cet état de demence la femme ne puisse, ni personne pour elle, envoyer le libelle de répudiation; si cependant son mari ne prend pas soin d'elle, le même Ulpien dit qu'il faut lui subvenir par d'autres moyens. « Si, dit-il, dans l'état habituel de folie la plus intense dont la femme est atteinte, son mari ne veut pas dissoudre le mariage, et que loin de donner des secours à sa malheureuse femme, il lui refuse les soins nécessaires, afin d'abuser de sa dot; alors son curateur, ou ses parens peuvent s'adresser au juge compétent pour faire condamner son mari à fournir aux besoins de son déplorable état, et à lui procurer des alimens et des médicamens, et enfin à pourvoir en bon mari, et en raison de sa dot, à tout ce qu'exige son infirmité ».

« Mais s'il est évident qu'il doive dissiper la dot de sa femme en homme de mauvaise conduite, il faut alors séquestrer cette dot pour fournir aux besoins de cette femme et de ceux qui la servent, sans préjudice des conventions matrimoniales, et en attendant l'événement de la mort ou de la guérison ».

Ce que nous avons dit qu'on ne pouvait pas envoyer le libelle de répudiation au mari, pour sa femme en démence, s'entend du cas où elle n'est pas fille de famille; car, dans ce cas, « le père peut demander la restitution de la dot de sa fille, au nom de sa fille ou au sien; parce qu'il est certain en droit que si elle ne le peut pas dans son état de démence, son père le peut (2) ».

VIII. Nous avons vu que le divorce, bien qu'il n'exigeât pas le consentement de l'époux répudié, exigeait cependant l'adhésion de l'époux qui demandait le divorce.

Justinien a statué en outre que l'époux qui demanderait le divorce serait tenu de justifier du consentement du père ou de la mère qui lui auraient donné ou promis une dot, ou fait des donations à cause de mariage, afin qu'un père ne fût pas grevé par le fait de son fils ou de sa fille qui aurait fait divorce, et qu'il ne soit ainsi passible de l'action en répétition de ce qu'il leur aurait promis

(1) La peine dont on parlera ci-après, *art.* 3.

(2) Voy. ci-dessus *n.* 3, et les notes.

pro filio dedit, in pœnam injusti repudii cui consensum non accommodavit, amittat. *Novell. XXII, cap.* 19.

ARTICULUS III.

Quando et quomodo divortium puniatur?

IX. Si perversis mulieris moribus divortio locus fuerat, puniebatur mulier amissione partis dotis quam vir retinere poterat. Docet autem Ulpianus quod « morum (1) nomine, graviorum quidem, sextæ retinentur; leviorum autem, octavæ ».

« *Graviores* mores sunt adulteria tantum; *leviores*, omnes reliqui ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 12.

Neque solum ob perversos constante matrimonio mulieris mores, videtur ejus culpa solutum matrimonium; sed etiam in specie sequenti, quam ita refert Papinianus:

« Ream adulterii uxorem duxi (2): eam damnatam (3) mox repudiavi. Quæro an causam dissidii præstitisse videor? Respondit: quum per legem Juliam hujusmodi uxorem (4) retinere prohibearis, non videri causam te dissidii præstitisse, palam est. Quare ita jus tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio (5) ». *l.* 11. §. *fin. ff.* 48. 5. *ad l. Jul. adult.* Papin. *lib. singul. de adult.*

Quas autem diximus dotis partes vir retinet, etiamsi non a muliere profecta esset, sed ab extraneo qui eam dedisset; modo non sub ea lege ut sibi redderetur.

Hinc Dioclet. et Maxim.: « Si dotem marito libertæ vestræ dedistis, nec eam reddi soluto matrimonio vobis incontinenti pacto, vel stipulatione prosperistis; hanc, culpa uxoris dissoluto matrimonio, penes maritum remansisse (6) constitit; licet eam ingratam circa vos fuisse ostenderitis ». *l.* 24. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

---

(1) Hoc jus quod refert Ulpianus, de pœnis divortii ob mores alterutrius conjugis, legi Papiæ sub Augusto latæ tribui potest, quum scribat Suetonius eum divortiis modum imposuisse: (in Augusto 34.)

(2) Mortuo scilicet priore viro qui eam accusaverat; eo enim vivo ducere eam non potuissem: ut vid. supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de rit. nupt. n.* 23.

(3) Postquam eam duxi.

(4) Scilicet adulterii damnatam.

(5) Adeoque pars dotis retinebitur.

(6) Scilicet pro sexta aut octava parte, ut supra.

à cause du mariage; et enfin pour qu'il ne perdît pas ce qu'il aurait donné à son fils à cause du mariage, parce qu'il aurait refusé son consentement à une répudiation injuste.

ARTICLE III.

Quand et comment le divorce est puni.

IX. Quand la mauvaise conduite de la femme avait donné lieu au divorce, elle était punie par la perte d'une partie de sa dot que retenait alors son mari; et Ulpien nous apprend que, « pour l'honneur des mœurs (1), la femme perdait la sixième partie de sa dot, comme reconnue coupable d'inconduite grave, et la huitième dans le cas d'une inconduite moins criminelle ».

« On appelle *inconduite grave*, l'adultère seulement, et toutes les autres fautes sont réputées légères ».

Le mariage était censé dissous par la faute de la femme, non-seulement lorsqu'il l'avait été à cause de la dépravation de ses mœurs durant le mariage, mais encore dans l'espèce suivante, que Papinien rapporte ainsi :

« J'ai épousé une femme qui avait été accusée d'adultère (2), elle en a été convaincue (3), et je l'ai répudiée sur-le-champ. Suis-je censé avoir été la cause du divorce? On a répondu que la loi *Julia* défendant à un pareil mari de conserver une pareille femme (4), il n'était pas réputé avoir dissous le mariage en la répudiant, et que la dissolution du mariage était censée déterminée par la faute de cette femme (5) ».

Mais ce que nous avons dit que le mari retenait une partie de la dot, a lieu, soit que cette dot provienne de la femme, ou d'un étranger qui l'aurait donnée pour elle, à moins qu'il ne l'eût donnée sous la condition qu'elle lui serait rendue.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Si vous avez donné une dot au mari de votre affranchie, sans convention ou stipulation de vous la rendre après la dissolution du mariage, il est constant qu'elle doit rester au mari (6), le mariage ayant été dissous par la faute de la femme, encore que vous ayez prouvé qu'elle s'était rendue coupable d'ingratitude ».

---

(1) Ce droit que rapporte Ulpien sur les peines du divorce déterminé par l'inconduite de l'un des deux époux, peut être attribué à la loi *Papia* rendue sous Auguste, qui, au rapport de Suétone, mit des entraves au divorce.

(2) C'est-à-dire, après la mort de son mari qui l'avait accusée, car je n'aurais pas pu l'épouser de son vivant, comme ci-dessus, *liv.* 23, au titre qui traite *des solennités du mariage*, *n.* 23.

(3) Après mon mariage.

(4) C'est-à-dire, condamnée comme adultère.

(5) Et par conséquent il sera retenu une partie de sa dot.

(6) C'est-à-dire, la sixième ou la huitième partie, comme on l'a vu ci-dessus.

X. Quod ad maritum attinet, si ejus mores divortio causam dederunt, « mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quæ a die (1) reddi debet, ita : propter majores mores, præsentem dotem reddit; propter minores, senum mensium die (2). In ea autem quæ præsens reddi solet; tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadrienno redditur : quod repræsentatio (3) facit ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 13.

XI. Ad has pœnas consequendas, tam viro quam mulieri, eisve in quorum potestate sunt, proditum erat judicium *de moribus;* quod ad heredem non transibat, non secus ac actio *injuriarum.*

Hinc Constantius et Constans : « De moribus actio ultra personam extendi non potest; nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi ». *l.* 1. *cod. Theod.* 3. 13. *de dotib.*

Vir etiam poterat per retentionem, quum *de dote* conveniebatur, hanc pœnam consequi.

XII. Hæc pœna cessabat si uterque conjux in culpa esset.

Hinc Papinianus : « Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. *Paria* enim delicta, mutua pensatione dissolvuntur ». *l.* 39. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Papin. *lib.* 11. *quæst.*

Hac de causa, « quum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim improbet maritus mores quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit qui lenocinium uxori præbuerit; audiendus est (4) ». *l.* 47. *d. tit.* Scævola, *lib.* 19. *quæst.*

---

(1) Cujacius recte censet hic esse mendum, et legi debere *annua, bima, trima die.*

(2) *Les termes du paiement ne seront chacun que de six mois au lieu d'un an.*

(3) Sensus est : quum dos talis est ut præsens reddi soleat; puta, si in prædiis consistat; maritus tantum ex fructibus debet ob suos malos mores restituere, quantum propter suos malos mores amitteret ex interusurio dotis quæ in quantitate consisteret; quæ regulariter annua, bima, trima die, adeoque quadriennio demum incipiente reddi solet; et quam ob malos mores suos repræsentare teneretur.

(4) Lex est ut qui uxorem suam prostituit, non possit agere *de moribus* adversus eam, nec de dote quidquam retinere ob malos mores mulieris. Imo audiendus est qui ex mente hujus legis concludat, nec publico judicio virum posse mulieri, quam ipse prostituit, crimen objicere.

X. Quant à ce qui concerne les mœurs, qui ont été la cause du divorce, « les mœurs du mari sont punies en ce qu'il doit rendre sur-le-champ la dot qu'il ne devait rendre que dans un, deux ou trois ans (1), pour inconduite grave; et que, pour inconduite légère, les paiemens ne seront avancés que de six mois, au lieu d'un an (2); et par rapport à celle qu'il devait rendre sur-le-champ, il rendra seulement pour les fruits, ce qu'il en aurait reçu pendant quatre ans, pour punition de sa mauvaise conduite (3) ».

XI. On avait introduit en faveur du mari ou de la femme, ou de ceux sous la puissance desquels ils étaient, une action pour obtenir ces peines qui, comme l'action des injures, n'était pas transmissible à l'héritier.

C'est pourquoi Constantius et Constans disent : « L'action des mœurs ne peut pas s'étendre au-delà de la personne, et ne sera pas donnée à son héritier, ni contre celui de la partie adverse ».

Le mari pouvait également obtenir cette peine par la rétention de la dot, lorsqu'il était actionné pour cette même dot.

XII. Cette peine cessait d'être applicable lorsque les deux époux étaient coupables réciproquement.

C'est pourquoi Papinien dit : « Le mari et la femme s'étant accusés l'un et l'autre de mauvaise conduite, on a jugé qu'ils avaient tous deux donné lieu à la répudiation; ce qui veut dire que ni l'un ni l'autre ne pouvait invoquer la loi qu'il avait méprisée, parce que les mêmes torts sont effacés par leur culpabilité mutuelle ».

C'est pour cette raison que « lorsqu'un mari a fait commerce de la prostitution de sa femme, il ne peut plus retenir sa dot, parce qu'il n'est pas admis à se plaindre d'une inconduite qu'il a provoquée ou approuvée; et il faut écouter (4) celui qui conclut de l'esprit de cette loi, que le mari qui a fait commerce de sa femme, ne peut plus l'accuser ».

---

(1) Cujas pense avec raison qu'il y a ici une faute, et qu'il faut lire *annua*, *bima*, *trima die*.

(2) Chaque terme de paiement ne sera que de six mois au lieu d'un an.

(3) Le sens est que dans le cas où la dot devra être restituée sur-le-champ, comme par exemple lorsqu'elle consiste en une maison, le mari ne doit restituer, à raison de sa mauvaise conduite, par rapport aux fruits, que ce qu'il eût perdu d'intérêts si elle eût consisté en une somme d'argent, qui, régulièrement, n'aurait dû être rendue que dans un, deux ou trois ans, et par conséquent au commencement de la quatrième année; mais qu'il serait tenu de restituer sur-le-champ, à cause de sa mauvaise conduite.

(4) La loi est que le mari qui a prostitué sa femme, ne peut ni intenter l'action des mœurs contre elle, ni rien retenir de sa dot, sous prétexte de son inconduite, et que même on doit écouter la partie qui conclut de l'esprit de cette loi, que celui qui a prostitué sa femme ne peut pas l'accuser publiquement pour ce crime.

XIII. Sed, etsi alter duntaxat, puta mulier, in culpa fuisset, vir hanc pœnam remisisse videretur, si eam post divortium rursus despondisset. Secus, si extra suum consensum a patre ei desponsatus esset.

Hoc docet Marcellus in specie sequenti : « Lucius-Titius, quum esset filiusfamilias, voluntate patris uxorem Mæviam duxit, et dotem pater accepit. Mævia Titio repudium misit; postea pater repudiati, absente filio, sponsalia cum eadem nomine filii sui fecit. Mævia deinde repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit. Quæro, si Mævia agat cum Lucio-Titio quondam marito, et a patre herede relicto, de dote; et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum; an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere? Marcellus respondit : etiamsi ut heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris mulctandam esse ». *l.* 38. *ff.* 24. 3. *solut. matrim.* Marcel. *lib. singul. resp.*

Item hanc pœnam vir remisisse videtur in specie sequenti :

« Quum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum quæ in dotem promisit, longo tempore fuerit; convenisse tacite videtur ne dos, quæ promissa fuerat, petatur; et, si petere eà (1) cœperit, pacti exceptione a muliere repellitur ». *l.* 69. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Papin. *lib.* 4. *resp.*

XIV Cessat etiam judicium *de moribus*, si vir, vel socer, proposuerit agere publico judicio.

Hinc Papinianus : « Socer, quum nurum adulterii accusaturum se libellis (2) præsidi datis testatus fuisset, maluit accusatione desistere, et lucrum ex dote magis (3) petere : quæritur an hujusmodi commentum ejus admitti existimes? respondit : turpissimo exemplo is qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit : contentus lucrum ex dote retinere, tanquam culpa (4) mulieris diremptò matrimonio. Quare non inique repelletur qui commodum dotis, vindictæ domus suæ præponere non erubuit ». *l.* 11. §. 3. *ff.* 48. 5. *ad l. Jul. de adulter.* Papin. *lib. singul. de adult.*

---

(1) Vir prædia.

(2) *Libellis* comminatoriis. Qui hos libellos proposuit, quum nondum accusaverit, desistendo non incidit in Turpilianum. Secus si proposuisset libellum delationis.

(3) Scilicet instituendo actionem *de moribus*, quæ cum criminali judicio concurrere non potest, quum et ipsa vindictam persequatur.

(4) Peccatum mulieris in causa pudoris vocatur *culpa*. Sic Virgilius de Didone.... *Hoc prætexit nomine culpam.* (Æneid. VI.)

XIII. Mais quand il n'y aurait qu'un des époux, comme, par exemple, la femme qui aurait manqué de mœurs, le mari serait censé le lui avoir pardonné, s'il s'était fiancé de nouveau avec elle après le divorce. Il en serait autrement si, étant fils de famille, son père l'avait fiancé avec elle sans son consentement.

C'est ce qu'enseigne Marcellus dans l'espèce suivante : « Lucius-Titius, étant fils de famille, a épousé Mævia par ordre de son père qui a reçu sa dot. Mævia a envoyé le libelle de répudiation à Titius. Ensuite le père de ce dernier a fait en son absence ses fiançailles, en son nom, avec la même Mævia. Mævia a ensuite notifié sa renonciation aux fiançailles, et en a épousé un autre. On demandait si dans le cas où Mævia intenterait l'action de la dot contre Titius, son ancien mari, celui-ci pourrait retenir cette dot à cause de l'inconduite de sa femme en prouvant qu'elle avait donné lieu au divorce. Marcellus répondit que, bien que Titius fût actionné comme héritier de son père, l'inconduite de sa femme devait être punie, s'il n'avait pas consenti aux fiançailles ».

Le mari est censé avoir fait remise de cette peine dans l'espèce suivante :

« Lorsqu'après le divorce, la femme a possédé long-tems, et à la connaissance de son mari, les biens qu'elle lui avait promis en dot, il est censé avoir renoncé tacitement à les demander; et s'il les demande (1), sa femme le repoussera par l'exception du pacte ».

XIV. L'action des mœurs cesse aussi d'avoir lieu lorsque le mari ou le beau-père a intenté l'action publique.

C'est pourquoi Papinien dit : « Un beau-père ayant présenté au président une requête (2), par laquelle il annonçait vouloir accuser sa belle-fille d'adultère, s'était désisté de cette accusation, aimant mieux gagner la dot (3). On a demandé si l'on devait admettre de pareilles feintes, et il a été répondu qu'il était d'un exemple honteux que celui qui avait accusé sa belle-fille s'en désistât pour gagner la dot en vertu du mariage dissous par la faute de la femme (4). C'est pourquoi celui qui n'a pas rougi de préférer le gain d'une dot à l'honneur de sa famille, sera justement débouté de son action ».

---

(1) Si le mari demande ces mêmes biens.

(2) Une requête comminatoire. Comme celui qui présentait de pareilles requêtes ne formait point encore d'accusation, il pouvait se désister sans encourir la peine du sénatus-consulte Turpillien. Il en était autrement quand il présentait une requête de délation.

(3) C'est-à-dire, en intentant l'action des mœurs qui ne pouvait pas concourir avec l'action criminelle, puisqu'elle tendait à une vengeance personnelle.

(4) On appelait par pudeur l'adultère d'une femme, *une faute*. C'est ainsi que Virgile dit de Didon :

Hoc prætexit nomine culpam. Æneid. 6.

XV. Hactenus de pœna divortii quæ jure Pandectarum obtinebat.

Progressu temporis longe crevit divortiorum coercitio. Constantinus enim et qui eum secuti sunt imperatores, et imprimis Justinianus noster, certas causas definiverunt ex quibus duntaxat permitteretur sive viro, sive mulieri a conjuge divertere.

Causas autem repudii ita designant Theodosius et Valentianus. Pro uxore quidem : « Si qua maritum suum adulterum, aut homicidam, aut veneficum, vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem, vel falsitatis crimine condemnatum invenerit; si sepulcrorum dissolutorem, si sacris ædibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarium; vel ad contemptum sui, domusve suæ, ipsa inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maxime, etiam castas exasperat) cœtum ineuntem, si suæ vitæ veneno, aut gladio, aut alio simili modo insidiantem; si se verberibus (quæ ingenuis aliena sunt) afficientem probaverit : tunc repudii auxilio uti necessario ei permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare ». 8. §. 2. 5. 17. *cod. de repud.*

Similiter nec viro licet expellere uxorem nisi ob easdem causas : « Aut extraneorum virorum se ignorante vel nolente convivia appetentem; aut ipso invito sine justa et probabili causa (foris scilicet) pernoctantem; vel circensibus vel theatralibus ludis, vel arenarum spectaculis in ipsis locis in quibus hæc adsolent celebrari, se prohibente, gaudentem ». *d. l.* 8. §. 3.

Justinianus inter culpas præcedentibus constitutionibus enumeratas et has adjecit : « Si forte uxor, sua ope vel industria, abortum fecerit; vel ita luxuriosa est, ut commune lavacrum cum viris libidinis causa habere audeat ». *l.* 11. §. 2. *cod. d. tit.*

Quod si extra has causas diverteret vir aut mulier, gravissimas pœnas constituerunt iidem imperatores; scilicet ut mulier « suam dotem et ante nuptias donationem amittat, nec intra quinquennium nubendi habeat denuo potestatem : vir autem, ut dotem redhibeat, et ante nuptias donationem (1) amittat » *sup. d. l.* 8. *cod.* §§. *4. et* 5.

Addidit Justinianus ut, si nulla dos esset, vir aut mulier qui injuste diverteret, quarta bonorum suorum parta erga alterum conjugem mulctaretur. (Novell. CXVII, cap. 8 et 9.

Eadem autem Novella, cap. 5, statuit ut, si ex eo matrimonio plures essent filii quam tres, mulier injuste repudiata et indota haberet duntaxat virilem : item ut hujus proprietatem, solo usu contenta, liberis servare teneretur.

---

(1) Quæ cedet lucro mulieris.

XV. Jusqu'ici nous avons parlé de la peine du divorce, suivant le droit des Pandectes.

Par suite des tems, la peine du divorce fut beaucoup plus sévère; car Constantin, les empereurs ses successeurs, et surtout notre Justinien, fixèrent les causes pour lesquelles un mari ou une femme pouvaient demander le divorce.

Voici comment ces causes sont désignées par Théodose et Valentinien. Par rapport à la femme, « si une femme a découvert que son mari se soit rendu coupable d'adultère, d'homicide, d'empoisonnement, de conspiration contre l'état, ou qu'il ait été condamné pour un crime de faux, qu'il ait violé des tombeaux, ou profané des temples; qu'il soit un voleur, ou qu'il ait recelé des voleurs; qu'il ait soustrait des bestiaux ou des esclaves; si, sans respect pour lui-même et pour sa maison, il y a rassemble des femmes de mauvaise vie (ce qui irrite surtout les femmes honnêtes); s'il a attenté à sa vie par le poison, par le poignard, ou de quelqu'autre manière semblable; s'il l'a frappée (ce que ne peut souffrir une femme née libre), et qu'elle le prouve, il faut alors lui accorder la ressource du libelle de répudiation, et approuver de telles causes de divorce ».

Un mari ne peut non plus répudier sa femme que pour les mêmes causes, c'est-à-dire, que « pour avoir à son insu, ou malgré lui, mangé chez des hommes étrangers, avoir passé des nuits hors de sa maison sans aucun motif plausible, ou avoir assisté contre sa défense aux jeux du cirque, du théâtre, ou de l'arène ».

Justinien ajoute aux fautes mentionnées dans les constitutions de ses prédécesseurs, celles qui suivent : « Si une femme a usé des moyens de se procurer une fausse couche, ou si elle est allée aux bains avec des hommes par libertinage ».

Les mêmes empereurs ont infligé des peines très-graves au mari ou à la femme qui aurait divorcé sans une des causes qu'on vient de voir. Ils ont voulu, dis-je, qu'une femme « perdît sa dot, ainsi que les donations qui lui auraient été faites avant le mariage, et qu'elle fût privée pendant cinq ans de se remarier; comme aussi qu'un homme restituât sur-le-champ la dot qu'il avait reçue, et qu'il perdît la donation faite avant le mariage (1) ».

Justinien y ajouta qu'un homme ou une femme qui aurait divorcé sans cause juste, n'ayant point eu de dot, donnât le quart de ses biens à son mari ou à sa femme.

Il statua aussi, par la même Novelle, que s'il y avait plus de trois enfans, la femme injustement répudiée et sans dot, n'aurait que la portion virile des biens de son mari, et que se contentant d'en avoir la jouissance, elle en conserverait la propriété à ses enfans.

(1) Dont la femme profitera.

Ex eadem Novella, cap. 13, mulieris quæ citra justam causam repudium misit, hæc pœna est, ut detrudatur in monasterium; dos cedat lucro viri; reliquæ mulieris facultates monasterio dentur; quarum tamen bessem liberi, aut (si nulli sint liberi) trientem parentes accipiant. Adversus virum autem qui injuste repudiat uxorem, hanc pœnam statuit ut dotem et donationem propter nuptias mulieri det, et præterea tantum quantum est tertia donationis propter nuptias: cujus donationis, et additæ tertiæ partis mulier proprietatem liberis ex eo matrimonio, si qui sint, servare tenebitur; sin, sibi habebit.

In eadem Novella notandum id quod Justinianus definit: Non esse causam divortii, si vir uxorem fustibus aut flagellis ceciderit, sed virum, nisi hoc fecerit ex causa quæ repudio locum dare posset, condemnandum erga mulierem in quantitatem pecuniæ usque ad tertiam partem sponsalitiæ largitatis. *d. Novell. CXVII, cap.* 14.

XVI. His pœnis ita locus erat, si alter ab altero invito diverteret: permittebantur enim divortia ex mutuo consensu; non nudo scilicet, sed quæ solennitatibus ex jure adhibitis dicebantur fieri *bona gratia.*

Justinianus autem, dicta Novella CXVII, sublata in posterum (cap. 10) hæc divortia, ex tribus duntaxat causis permiserat: scilicet: 1°. si ab initio ob aliquod naturæ vitium non potuerit vir se miscere uxori suæ; 2°. si conjuges sanctimonialem vitam elegerint; 3°. hæc divortia permittit iis personis quæ in captivitate aliquanto tempore detinentur, cap. 12.

Sed si is qui, sub prætextu castitatis servandæ, matrimonium solverit, postea ad alias convolet nuptias aut luxuriose vivat; ejus facultates ipsius liberis, aut (si nulli extent) fisco vindicari præcipit, cap. 10.

Tandem, ex Novella CXXXIV, cap. 11, qui consensu mutuo matrimonium solvunt, nisi illud redintegrent, tam vir quam fœmina in monasteria detruduntur; facultatibus ipsorum (certa parte liberis aut ascendentibus, si quos habent, servata) monasterio addictis. Si alter redintegrare velit, alter nolit, is solus qui non vult, his pœnis subjacebit.

Novella tamen CXL, divortia *bona gratia* rursus permittuntur. Verum hæc Novella non est Justiniani, sed Justini-Curopalatæ; id est, Justini junioris qui Justiniano avunculo suo successit.

XVII. Quæ hactenus diximus, generalia sunt. Speciali pœnæ obnoxia erat liberta quæ ab invito patrono divortisset; (de qua re vid supra *lib.* 23. *tit.* 2. de rit. nupt. *part.* 2. *sect.* 2. §. 3.

Par la même Novelle, il voulut que la femme qui, sans un juste motif, aurait envoyé le libelle de répudiation, fût renfermée dans un monastère; que sa dot fût donnée à son mari, et ses autres biens au monastère, sauf la moitié à ses enfans, et le tiers pour ses parens, si elle n'avait point d'enfans. Par rapport au mari qui aurait également répudié sans motifs plausibles sa femme, il statua qu'il lui donnerait, outre sa dot et la donation avant le mariage, la valeur du tiers de cette même donation, de laquelle, ainsi que de cette tierce portion ajoutée, elle laisserait la propriété à ses enfans, dans le cas où elle en aurait de ce mariage, ou en disposerait à son gré dans le cas contraire

Il faut encore observer ce que dit Justinien dans cette même Novelle, que les coups de bâton ou de verges dont un mari aurait frappé sa femme ne seraient pas un motif de divorce, mais que ce mari, à moins qu'il ne l'eût fait pour une cause qui déterminât le divorce, devait être condamné à lui donner une somme égale au tiers de la donation avant le mariage.

XVI. Ces peines étaient applicables au cas où l'un des époux divorçait malgré l'autre; car on pouvait divorcer d'un consentement mutuel, c'est-à-dire, non pas en vertu d'un consentement nu, mais de la manière qu'on appelait de *bon gré*, avec les formalités de droit.

Toutefois Justinien, par la même Novelle CXVII, supprima pour l'avenir les divorces dont on a parlé ci-dessus, et ne les permit que dans trois cas; savoir, 1°. dans le cas où le mari serait impuissant par vice de constitution; 2°. dans le cas où la femme voudrait embrasser la vie religieuse; 3°. dans le cas où l'un des époux serait détenu en captivité depuis un certain tems.

Mais si celui qui, sous prétexte de garder la continence, avait fait dissoudre son mariage, contractait ensuite un autre mariage, ou vivait en concubinage, ses enfans, s'il en avait, ou le fisc, s'il n'en avait pas, pouvaient revendiquer ses biens.

Enfin, par la Novelle CXXXIV, ceux qui avaient dissous leur mariage d'un consentement mutuel, étaient l'un et l'autre enfermés dans des monastères, à moins qu'ils ne le réintégrassent, et leurs biens donnés à leurs monastères respectifs, sauf la portion qui en devait appartenir à leurs enfans et à leurs parens. Si l'un des deux voulait rentrer dans l'état du mariage, et que l'autre s'y refusât, celui-ci était seul soumis aux peines ci-dessus.

Cependant, par la Novelle CXL, les divorces *amiables* furent de nouveau permis; mais cette Novelle n'est pas de Justinien; elle est de Justin-Curopalata, c'est-à-dire, de Justin le jeune, qui succéda à Justinien son oncle maternel.

XVII. Nous venons de parler des règles générales. Une affranchie qui avait divorcé sans le consentement de son patron, était sujette à une peine particulière. Sur quoi voyez ci-dessus le titre *qui traite des solennités du mariage*.

ARTICULUS IV.

Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant?

XVIII. Hac de re ita Dioclet et Maxim.: « Licet, neque nostra, neque Divorum parentum nostrorum ulla constitutione, caveatur ut per sexum (1) liberorum inter parentes divisio celebretur; competens tamen judex æstimabit utrum apud patrem, an apud matrem, matrimonio separato, filii morari ac nutriri debeant». *l. un cod.* 5. 24. *divort. facto, etc.*

Ex Novella autem CXVII, cap. 7, si pater causam divortii dedit, apud matrem ad secundas nuptias non convolantem, liberi patris expensis educantur. Si, contra, mater divortio causam dederit, apud patrem educari debent, nisi pater pauperior sit; quo casu, mater apud se eos nutrire tenetur.

TITULUS III.

Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur?

Postquam de modis dissolvendi matrimonii egerunt Pendectarum ordinatores, proximum est ut agant de restitutione dotis quæ, *soluto matrimonio*, facienda erat.

Quærendum autem: « An et cui dos soluto matrimonio restitui debeat, et de tempore dotis restituendæ; 3°. de actionibus quæ ad restitutionem dotis competunt; 3°. de restitutione dotis improprie dictæ.

Addenda erit et quarta pars, de condictione quæ ex lege Julia et Papia mulieri competit ad restitutionem eorum quæ vir consecutus est ex jure patronatus in servos dotales ab ipso manumisses.

PRIMA PARS.

An et cui dos, soluto matrimonio, restitui debeat, et quo tempore?

SECTIO I.

An et cui restitui debeat?

Circa restitutionem dotis interest quomodo solvatur matrimonium. Aliud enim juris obtinet quum morte mulieris, aliud quum morte viri, aut divortio matrimonium solvitur.

---

(1) Puta, mares apud patrem; puellæ apud matrem.

ARTICLE IV.

Chez lequel des deux époux divorcés les enfans devaient demeurer et être élevés.

XVIII. Sur cette matière, Dioclétien et Maximien disent : « Bien que ni nous ni nos prédécesseurs n'ayons statué par aucune constitution que les époux divorcés partageraient leurs enfans à raison de leur sexe (1), le juge qui en connaîtra jugera dans sa sagesse si les enfans mâles doivent demeurer et être nourris chez leur père ou chez leur mère après leur divorce ».

Mais, par la Novelle CXVII, si c'est le père qui a donné lieu au divorce, les enfans seront nourris et élevés à ses dépens chez leur mère, à moins qu'elle ne se soit remariée. Si c'est au contraire la mère, ils doivent être élevés chez le père, à moins qu'il ne soit trop pauvre; cas auquel la mère est tenue de les nourrir.

TITRE III.

Comment la dot doit être demandée après la dissolution du mariage.

Les rédacteurs des Pandectes ayant traité des différentes manières dont se dissolvait le mariage, ont dû immédiatement après traiter de la restitution de la dot, qui avait lieu après la dissolution du mariage

Nous allons examiner, 1°. si et à qui la dot doit être restituée après la dissolution du mariage, puis en quel tems elle doit l'être; 2°. quelles sont les actions relatives à cette restitution; 3°. ce qui regarde la restitution de la dot improprement dite.

Nous ajouterons une quatrième partie sur l'action qui appartient à la femme, en vertu de la loi *Julia* et *Papia*, pour se faire restituer ce que son mari a touché à titre de patron, des esclaves dotaux qu'il a affranchis.

PREMIÈRE PARTIE.

Si et à qui la dot doit être restituée après la dissolution du mariage, et dans quel tems elle doit l'être ?

SECTION I.

Si et à qui la dot doit être restituée.

Par rapport à la restitution de la dot, il importe de savoir, comment le mariage a été dissous; car elle se restitue d'une manière différente s'il a été dissous par la mort de la femme, par celle du mari ou par le divorce.

(1) C'est-à-dire, que le père prendrait les enfans mâles, et la mère, les filles.

ARTICULUS I.

Quid juris circa restitutionem dotis *obtineat, mortua in matrimonio muliere?*

I. Interest hoc casu an dos profectitia, an adventitia (1) sit. Et 1°. videndum de profectitia.

« Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur; quintis (2) in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet ». Ulp. *frag. tit.* 6. §. 4.

Et sane « jure succursum est patri; ut, filia amissa, solatii loco cederet si redderetur ei dos ab ipso profecta; ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret ». *l.* 6. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Pompon. *lib.* 14. *ad Sab.*

Consonat quod rescribit Alexander: « Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias (3), ad patrem redire debet ». *l.* 4. *cod. h. t.* 5. 18.

Quod si parens præmortuus esset, dos apud virum remanebat.

Similiter, « si pater qui pro filia dotem dedit, damnetur, nihil competit fisco, etiamsi in matrimonio postea filia decesserit: quo casu alias, dos profectitia rediret ad patrem. Manebit ergo penes virum ». *l.* 8. §. *fin. ff.* 48. 20. *de bon. damnat* Marcian. *lib.*

« Nisi probetur patrem, metu condemnationis, in fraudem fisci (4) filiæ prospexisse ». *l.* 9. *d. t.* Callist. *lib.*

II. Et hæc de casu quo pater dotem dedit.

Quid si « avus neptis nomine filio natæ genero dotem dedit, et moritur? Negat Servius dotem ad patrem reverti. Et ego cum Servio sentio; quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset ». *l.* 79. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Labeo, *lib.* 6. *poster. a Javol. epit.*

Igitur eo casu, si solam juris rationem attendamus, dos debet apud virum remanere; æquitas vero diversum suadet.

---

(1) Quæ dos *profectitia*, quæ *adventitia* dicatur, vid. supra, *lib.* 23. *tit.* 3. *de jur. dot.*

(2) Scilicet ita observabatur, ut propter primum ex liberis detraheretur quinta totius dotis; propter secundum, quinta ejus quod supererat: et sic in infinitum, quintæ detrahebantur. Justinianus has retentiones sustulit: *l. un.* §. 5. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

(3) Hoc verbum *filiafamilias*, expungendum puta Goveanus. Ut ut sit constat dotem profectitiam reverti ad patrem; sive filia fuerit in potestate, sive fuerit emancipata: ut evidenter liquet ex *l.* 59. *h. tit.* item ex *l.* 5. *ff.* 24. 2. *de divort.*

(4) Nam si in fraudem fisci, post crimen admissum, dotem dedisset, eam revocaret fiscus.

ARTICLE I.

Comment se restitue la dot lorsque la femme est morte durant le mariage.

I. Il faut savoir dans ce cas si la dot est profectice ou adventice (1). Nous allons parler d'abord de la dot profectice.

« Lorsqu'une femme est décédée dans le mariage, la dot provenant de son père retourne à son père, déduction faite des cinquièmes (2) reservés à chacun de ses enfans à l'infini, qui restaient dans les mains du père, ou du mari si les enfans étaient nés d'un autre mariage ».

Et certainement « le droit a dû venir au secours du père, pour le consoler en quelque sorte de la perte de sa fille par le recouvrement de la dot qu'il lui avait donnée, et qu'il ne perdît pas tout à la fois sa fille et sa fortune ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Alexandre dans un rescrit : « Si une femme encore fille de famille (3), meurt durant le mariage, la dot que son père lui avait donnée doit revenir à son père ».

Si le père était prédécédé, la dot devait rester au mari.

De même, « si un père qui avait donné une dot à sa fille, vient à éprouver une condamnation capitale, bien que la femme soit décédée durant le mariage, le fisc n'a rien à prétendre sur la dot profectice qui reviendrait à son père. Elle doit donc rester au mari ».

« A moins cependant qu'il ne soit prouvé que le père a donné une dot à sa fille en fraude du fisc, prévoyant cette condamnation (4) ».

II. Tout ceci est applicable au cas où la dot vient du père.

Que faut-il dire « si l'aïeul a donné au nom de sa petite-fille, une dot au gendre de son fils, et vient à mourir ? Suivant Servius, cette dot ne retourne pas au père ; et je suis de l'avis de Servius, parce qu'elle ne peut pas être censée provenir de lui, puisqu'il n'en avait encore aucune propriété ».

Dans ce cas donc, cette dot devait rester au mari, suivant la raison de droit ; mais l'équité persuade le contraire.

---

(1) Voy. ci-dessus, *liv.* 23, le titre qui traite *du droit de la dot*, ce qu'on appelle *dot profectice ou dot adventice.*

(2) Pour le premier des enfans, on prenait la cinquième partie de toute la dot ; pour le second, la cinquième partie de ce qui en restait, et ainsi de suite à l'infini. Justinien abrogea toutes ces espèces de réserves.

(3) Goveanus pense qu'il faut effacer ce mot *filiafamilias*. Quoi qu'il en soit, il est constant que la dot profectice revenait au père, soit que sa fille fût émancipée ou qu'elle fût encore sous sa puissance, comme on le voit clairement par la *l.* 59. *h. tit.* et par la *l.* 5. *ff. sur le divorce.*

(4) Car s'il avait donné la dot en fraude du fisc depuis son crime, le fisc pourrait la revendiquer.

Hinc Celsus: « Dotem quam dedit avus paternus, an, post mortem avi, mortua in matrimonio filia, patri reddi opporteat, quæritur? Occurrit æquitas rei; ut, quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, proinde sit atque si ipse ego dederim. Quippe officium avi circa neptem, ex officio patris erga filium pendet. Et quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. Quid si filius a patre exheredatus est? Existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi. Nec infavorabilis sententia est; ut hoc saltem habeat ex paternis quod propter illum datum est ». *l.* 6. *ff.* 37. 6. *de collat. bon.* Celsus, *lib.* 10. digest. (1).

III. Hactenus de dote profectitia.

« Adventitia autem dos semper penes maritum remanet; præterquam, si is qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit, quæ dos specialiter receptitia dicitur ». Ulp. *fragm. t.* 6. §. 5.

Unus tamen adhuc casus excipiendus est, quo, morte mulieris, vir dotem non lucratur. Nimirum « si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait. Et recte: non enim æquum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere. Idemque et e contrario (2) statuendum est ». *l.* 10. §. 1. Pompon. *lib.* 15. *ad Sab.*

IV. Ita jure Pandectarum.

Ex constitutione autem Justiniani, neque profectitia dos, mortuo patre, neque adventitia, cedit lucro mariti; sed actio ad heredes mulieris transit: adventitiam autem sibi reddi mulier pacta esse semper præsumitur, « si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit ». *l. un.* §. 6. et 13. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

ARTICULUS II.

Quid juris obtineat circa restitutionem dotis, quum matrimonium divortio aut morte viri solvitur.

V. Quum matrimonium divortio solvitur, si quidem alteruter

(1) Pacius has leges aliter conciliat: scilicet ut in specie legis 6. *ff.* 37. 6. *de collat. bon.* dos ideo ad patrem revertatur, quia avus eam filii sui contemplatione dederit; ut innuunt hæc verba legis, *propter me:* contra in specie legis 79. *ff.* 23. 3. *de jure dotium*, non revertatur; quia eam avus contemplatione neptis suæ duntaxat, non etiam filii sui dederit. Vid. Pacium *centur.* 5. 55.

(2) Scilicet ut, si mulier virum occiderit, dotem perdat.

C'est pourquoi Celse dit : « On a demandé si la dot qu'avait donnée l'aïeul paternel devait être rendue au père, la fille étant décédée durant le mariage et après l'aïeul paternel. L'équité demande que je sois censé avoir donné moi-même ce que mon père a donné au nom de ma fille à cause de moi. Les devoirs d'un aïeul à l'égard de sa petite-fille dépendent de son obligation envers son fils ; et il doit donner une dot à sa petite-fille à cause de son fils, parce que son fils en doit donner une à sa fille. Mais que faut-il dire s'il a déshérité son fils? Je pense qu'il n'est pas absurde de dire qu'il en est encore de même, et qu'il est raisonnable de penser qu'il doit du moins avoir des biens paternels ce que son père a donné à cause de lui (1) ».

III. Nous n'avons encore parlé que de la dot profectice.

« Mais la dot adventice reste toujours au mari, hors le cas où » celui qui l'a donné a stipulé qu'elle lui serait rendue; auquel cas » cette dot s'appelle spécialement réceptice ».

Il faut cependant excepter encore un cas où le mari ne gagne pas la dot de sa femme à la mort de cette dernière ; savoir, celui « où le mari aurait donné la mort à sa femme, dans lequel cas Proculus dit qu'il faut accorder l'action de la dot aux héritiers de cette femme; ce qui est très-juste: car il serait contre l'équité qu'un mari pût espérer de gagner la dot de sa femme par un crime. Il en est de même réciproquement par rapport à la femme qui a fait mourir son mari (2) ».

IV. Tel était le droit des Pandectes.

Mais par une constitution de Justinien, le mari ne gagnait ni la dot profectice, ni la dot adventice à la mort du père de sa femme. L'action de la dot passait alors aux héritiers de cette dernière, et une femme était toujours censée avoir stipulé que sa dot adventice lui serait restituée, « à moins qu'un étranger ne l'eût fournie, et n'eût stipulé spécialement qu'elle serait rendue à lui-même ».

ARTICLE II.

De ce qui avait lieu par rapport à la restitution de la dot, lorsque le mariage avait été dissous par le divorce, ou par la mort du mari.

V. Lorsque le mariage est dissous par le divorce, nous avons

(1) Pacius concilie autrement ces lois, c'est-à-dire, de manière que, comme dans l'espèce de la *l.* 6. *ff. du rapport des biens*, la dot revenait au père, parce que l'aïeul l'avait donnée en considération de son fils, comme l'insinuent les mots *propter me;* et qu'au contraire, dans l'espèce de la *l.* 79, *sur le droit de la dot*, elle ne lui revenait pas, parce que l'aïeul l'avait donnée en considération de sa petite-fille seule, et non de son fils. Voy. Pacius, *centur.* 5, 55.

(2) C'est-à-dire, que si la femme avait donné la mort à son mari, elle perdait sa dot.

e conjugibus in culpa fuerit, quid obtineat vidimus supra tit. 2. de divortiis.

Sine culpa autem alterutrius « divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet actionem, id est dotis repetitionem. Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiæ persona habet actionem revera (1): nec interest adventitia sit dos, an profectitia ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 6.

Idem dic de casu quo morte viri solvitur matrimonium. *l.* 11. *cod. h. t.* 5. 18.

Hæc Ulpiani definitio omnes uxores complectitur. Et quidem etiam « liberta quæ voluntate (2) patroni dicessit, de dote cum eo agere potest quam ei dedit ». *l.* 35. Marcianus, *lib.* 10. inst.

Item « nupta (3) non impeditur quominus cum priore marito de dote experiatur ». *l.* 30. Jul. *lib.* 16. dig.

Regulariter igitur (ut mox dictum est) hanc actionem habet mulier sola, si sui juris sit; pater adjuncta filiæ persona, si sit filiafamilias.

§. I. *Cui actio de repetenda dote competat, quum mulier sui juris est?*

VI. « Soluto matrimonio, solvi mulieri dos debet; nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere (4), nisi hoc ei nihil nocet. Nam si incommodum aliquod maritus suspectum (5) habet, non debere eum cogi alii quam uxori promittere, dicendum est. Hæc, si sui juris mulier est ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 35. *ad Sab.*

VII. Sed etsi quum solutum est matrimonium, in potestate patris erat, et postea e potestate exierit, puta, pater ejus decesserit aut damnatus sit, dotis actio ad ipsam solam incipiet pertinere.

V. G. « in insulam patre deportato qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Post divortium quoque patre damnato, qui idem (6) consentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris est ». *l.* 42. Pap. *lib.* 4. resp.

---

(1) Cujacius censet male legi *revera*; et legendum *rei uxoriæ*.

(2) Nam ab eo invito divertere ei non conceditur, ut vid. supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de rit. nupt.*

(3) Id est, etiam illa mulier quæ post divortium ad alia vota convolavit.

(4) *Nec cogitur maritus* qui ad restitutionem dotis dilationem habet, *eam ab initio* temporis divortii *promittere* alii quam mulieri.

(5) Puta, si is cui mulier dotem delegare vult, sit rixosus; vel si vir non easdem exceptiones adversus eum haberet, quas habet adversus mulierem.

(6) *Idem*, scilicet dotem reddi. Alias, *qui quidem*.

vu ce qui avait lieu dans le cas où l'un des deux époux avait donné lieu au divorce par sa conduite coupable.

Dans le cas contraire, « si la femme est sortie de puissance, elle » a elle-même l'action en répétition de sa dot; si elle est sous la » puissance de son père, son père a cette action conjointe- » ment avec elle (1), et il importe peu que la dot soit adventice » ou profectice ».

Il faut en dire de même du cas où le mariage est dissous par la mort du mari.

Cette décision d'Ulpien comprend toutes les femmes; et même « l'affranchie qui, du consentement de son patron, l'avait quitté (2), pouvait répéter contre lui la dot qu'elle lui avait donnée ».

Et « celle qui s'était remariée (3) pouvait intenter l'action de la dot contre son premier mari ».

La femme qui était hors de puissance pouvait donc régulièrement (comme nous l'avons dit) intenter seule cette action; et son père conjointement avec elle, en cas qu'elle fût fille de famille.

§. I. *A qui appartient l'action en répétition de la dot lorsque la femme est hors de puissance.*

VI. La dot doit être payée à la femme après la dissolution du mariage, et un mari n'est pas tenu d'en promettre la restitution à un autre (4), à moins qu'il ne pût le faire sans compromettre ses propres intérêts; car il faut dire que s'il soupçonne que cette promesse puisse lui nuire (5), il n'est pas tenu de la faire. Il en est ainsi lorsque la femme est hors de puissance ».

VII. Et même, si le mariage a été dissous lorsqu'elle était sous la puissance de son père, et si elle en était sortie, soit parce que son père est décidé, ou parce qu'il a été condamné à une peine afflictive, l'action en répétition de sa dot lui appartiendra à elle seule.

Par elle, « si le père qui a donné une dot à sa fille, a été déporté dans une île, l'action de la dot appartiendra à sa fille, et elle l'aura aussi, dans le cas où son père aurait été condamné à une peine capitale, s'il ne l'avait pas répétée du consentement de sa fille (6) ».

---

(1) Cujas pense qu'il faut lire *rei uxoriæ*, au lieu de *repera*.

(2) Parce qu'elle ne pouvait pas se séparer de lui malgré lui, comme on l'a vu *liv.* 23, au titre qui traite *des solennités du mariage*.

(3) C'est-à-dire, même la femme qui s'était remariée depuis le divorce.

(4) Le mari auquel un délai est accordé pour restituer la dot, n'est pas tenu de la promettre à un autre qu'à sa femme, en divorçant.

(5) Par exemple, si celui à qui la femme veut déléguer sa dot, est un chicaneur ou un homme contre qui son mari n'aurait pas les mêmes exceptions que contre elle.

(6) *Idem*, c'est-à-dire, pour faire restituer la dot. On lit ailleurs *qui quidem*.

Imo in specie sequenti : « Filiafamilias, divortio facto, dotem patri reddi jusserat : deinde, parte dotis persoluta, pater decesserat. Reliquam partem, si nec delegata nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere Labeo et Trebatius putant. Idque verum est ». *l.* 66. §. 2. Javolen. *lib.* 6. *ex posterior. Labeonis.*

Quinetiam, « si voluntate filiæ procurator a patre datus, litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum judicata pater decesserit, judicati actionem filiæ potius, quam heredibus patri dari oportebit». *l.* 31. §. 2. Jul. *lib.* 18. dig.

VIII. Uno casu, quamvis mulier jam tempore soluti matrimonii sit sui juris, dotis actio, secuto divortio, patri dabitur, scilicet quum in fraudem patris divortium factum est, ne mortua in matrimonio muliere dos profectitia ad ipsum rediret.

Hoc docet Julianus. Ita ille : « Filiæ meæ emancipatæ et ægræ vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem potius heredibus ejus, quam mihi redderet (1). Sabinus dicebat utile mihi ejus dotis recuperandæ judicium dandum esse. Gaius (2) idem ». *l.* 59. Jul. *lib.* 2. *ad Urs. Feroc.*

Hoc maxime obtinebit, si fraus facta est patri in gratiam viri.

Hinc Ulpianus : « Si filia emancipata idcirco diverterat ut maritum lucro dotis afficiat, patrem fraudet (3) qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset : (et) ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat. Non enim minus patri quam marito succurrere prætorem oportet. Danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia ». *l.* 5. *ff.* 24. 2. *de divort. lib.* 34. *ad ed.*

§. II. *De casu quo mulier est filiafamilias.*

IX. « Quod si in patris potestate est, et dos ab eo (4) profecta sit, ipsius, et filiæ dos est. Denique pater non aliter quam ex vo-

(1) Si divortium secutum non esset, mortua in matrimonio filia, dos utpote profectitia ad patrem reditura erat; ut vid. supra, *art.* 1. Contra, divortio secuto, actio ipsi mulieri quæsita, et ad heredes ejus transmissa videbatur.

(2) Gaius-Cassius-Longinus scilicet; non vero ille Gaius cujus fragmenta in Pandectis habemus : is enim Juliano posterior est, ut vid. in præf. *part.* 2. *cap.* 1. *n.* 66.

(3) Id est, fraudaret.

(4) Idem juris est, etsi non sit ab eo profecta; ut vid. supra. Sed forte hoc dicit, quia major poterat videri dubitandi ratio, an filiæ interventu egeret pater, quum dotem a se profectam pater repeteret.

Et même, dans l'espèce suivante : « Une fille de famille ayant fait divorce, avait ordonné de rendre sa dot à son père. Celui-ci était décédé après en avoir reçu une partie. Labéon et Trébatius pensèrent que l'autre partie devait être payée à la femme, si elle ne l'avait pas déléguée ou promise par novation à son père : ce qui est vrai ».

Comme aussi, « si le procureur constitué par le père, du consentement de la fille, a intenté l'action de la dot, qu'il ait obtenu un jugement favorable, et que le père soit mort depuis ce jugement, il faudra accorder l'action de la chose jugée à la femme plutôt qu'aux héritiers de son père ».

VIII. Il y a un cas où l'action de la dot appartient au père, encore que la femme fût hors de puissance à l'époque de la dissolution de son mariage par divorce ; c'est celui où elle aurait divorcé en fraude de son père, pour que sa dot profectice ne lui revînt pas si elle décédait durant le mariage.

Ainsi l'enseigne Julien. « Le mari de ma fille émancipée et malade, lui a envoyé le libelle de répudiation, afin de rendre sa dot, si elle venait à mourir, à ses héritiers plutôt qu'à moi (1). Sabinus a dit qu'on devait me donner l'action utile de la dot. Gaius est de la même opinion (2) ».

Ce qui aura lieu, surtout s'il a été pratiqué une fraude contre le père en faveur du mari.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une fille émancipée a fait divorce pour faire gagner sa dot à son mari, et en frustrer son père (3) qui aurait pu répéter la dot profectice, dans le cas où elle serait décédée durant le mariage, il faudra venir au secours du père pour qu'il ne la perde pas ; car le préteur ne doit pas moins subvenir au père qu'au mari. On devra donc lui donner l'action en répétition de la dot, comme si sa fille était morte durant le mariage ».

§. II. *Du cas où la femme est fille de famille.*

IX. « Si une femme est sous la puissance de son père, et que sa dot provienne de lui (4), cette dot appartient au père et à la fille,

(1) Si le divorce n'avait pas eu lieu, la fille étant décédée dans le mariage, sa dot, comme profectice, aurait dû revenir à son père, ainsi qu'on vient de le voir *art.* 1. Le divorce ayant eu lieu au contraire, l'action acquise à la femme était censée transmise à ses héritiers.

(2) C'est-à-dire, Gaius-Cassius-Longinus, et non ce Gaius dont nous avons les fragmens dans les Pandectes ; car celui-ci était postérieur à Julien, comme on l'a vu dans la préface, *part.* 2. *cap.* 1. *n.* 66.

(3) C'est-à-dire, en fraude de son père.

(4) Il en serait de même quand elle ne proviendrait pas de lui, comme on l'a vu ci-dessus ; mais il le dit peut-être, parce qu'il en résultait une plus forte raison de douter si la fille avait besoin de l'intervention de père, pour répéter sa dot provenue de lui.

luntate filiæ petere dotem, nec per se; nec per procuratorem potest. Sic ergo et promittendum (1) Sabinus ait. Ei ergo promittendum erit, cui uterque jusserit. Cæterum, si pater solus jussit, dotis actio filiæ non erit adempta, quandoque sui juris filia fuerit facta. Item, si voluntate solius filiæ promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiæ persona experiri possit? Et puto nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiæ persona potest habere. Quod si sui juris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio (2) ». *l.* 2. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad Sab.*

« Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote quæ communis est patris et filiæ, utriusque voluntas exquiritur; nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest ». *l.* 3. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Hinc, « si post solutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri, et viva ea, et mortua, actio superest, ut dos ipsi solvatur ». *l.* 22. §. 1. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Nota tamen : « Quod ita verum est, si perditurae solvatur. Cæterum, si non perdituræ et ex justis causis soluta sit, non supererit actio; sed mortuo patre, nec etiam heredes agent, nec mulier ». *d.* §. 1.

Ergo, « sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utriusque tolletur ». *sup. d. l.* 3. *v. sed si.*

X. Quamvis filia absque voluntate patris regulariter dotem exigere non possit, tamen : 1°. « Si patri propter condemnationem Romæ ubi dos petatur esse non liceat (3); filiæ satis dotis fieri oportet, ita tamen ut caveat *ratam* rem patrem habiturum ». *d. l.* 22. §. 4.

2°. « Si filia furiosi a viro diverterit; dictum est, vel adgnato curatori voluntate filiæ, vel filiæ consentiente adgnato, solvi dotem ». *l.* 65. *ff.* 46. 3. *de solut. et liberat.* Pompon. *lib.* 1. *ex Plautio.*

Et alibi : « Si soluto matrimonio, pater furiosus sit, curator ejus voluntate filiæ dotem petere poterit; aut, si curatoris copia non sit, agere filiæ permittendum erit, caverique oportebit de rato ». *sup. d. l.* 22. §. 10.

---

(1) Expromittendum.

(2) Nocebit mulieri stipulatio illius qui, ipsa delegante, ab ejus viro stipulatus est.

(3) Puta, quia relegatus est.

Enfin, le père ne peut la répéter ni par lui-même, ni par procureur, sans le consentement de sa fille. Et même, suivant Sabinus, il n'a pas pu la promettre autrement (1). Il faut donc la promettre à celui à qui l'un et l'autre aura voulu qu'elle le fût. Mais si le père l'a ordonné seul, sa fille ne sera pas exclue pour cela de l'action de sa dot, en quelque tems qu'elle soit hors de puissance. De même, si la dot a été promise avec le consentement seul de la fille, le père ne perdra pas non plus son action; mais pourra-t-il l'exercer seul, ou ne pourra-t-il l'intenter que conjointement avec sa fille? Pour moi, je pense qu'il a conservé l'action qu'il ne peut exercer que conjointement avec sa fille, et que si sa fille sort de puissance, cette stipulation lui préjudiciera (2) ».

« Le consentement du père et de la fille est requis, non-seulement pour exiger, mais encore pour payer la dot qui leur est commune, et l'un d'eux ne peut pas détériorer la condition de l'autre ».

C'est pourquoi, « si, après la dissolution du mariage, la fille de famille exige et dépense, sans le consentement de son père, la dot qui leur appartenait en commun, son père aura action pour se la faire payer, soit du vivant de sa fille, ou après sa mort ».

Observez cependant que « cette décision est juste et vraie si on a payé cette dot à la femme, pouvant prévoir qu'elle la perdrait; mais que si l'on n'a pas pu le prévoir, et qu'on ait eu de justes motifs de la payer, l'action ne restera pas à son père; mais qu'après la mort de son père, ni elle, ni ses héritiers ne seront admis à répéter sa dot ».

Ainsi « si la fille ayant reçu sa dot, en a restitué le capital à son père, ni l'un ni l'autre n'aura plus d'action pour la répéter ».

X. Quoiqu'une fille de famille ne puisse pas exiger régulièrement sa dot sans le consentement de son père; cependant, 1°. « s'il n'est pas permis au père, à cause de quelque condamnation (3), d'être à Rome, lieu où la dot doit être demandée, la fille devra en donner caution, c'est-à-dire, fournir caution de faire ratifier par son père ».

2°. « Si la fille d'un homme devenu fou a fait divorce, il a été décidé qu'on devait rendre sa dot à l'agnat curateur, pourvu qu'elle y consente, ou à elle-même, avec le consentement du curateur ».

Il est dit aussi ailleurs que « si, lors de la dissolution du mariage, le père de la femme se trouve en démence, le curateur du père pourra répéter la dot, avec le consentement de la femme; ou, si l'on est dans l'impossibilité de faire intervenir le curateur, on per-

(1) Pour *ex promittendum*.

(2) La stipulation de celui qui, en vertu de la délégation de la femme, aurait stipulé de son mari.

(3) Par exemple, parce qu'il aurait été relégué dans une île.

3°. « Idem decernendum est et si ab hostibus captus si pater, puellæ dandam actionem de dote repetenda ». *d. l.* 22. §. 11.

4°. Adhuc unus et casus quo mulier filiafamilias dotem absque patre, soluto matrimonio, accipe potest. Nam « si filiafamilias nuptura, ex peculio cujus administrationem habet, dotem viro dedit; deinde, quum in eadem causa peculium ejus (1) esset, divortium fecerit; dos ei recte solvitur, quasi a quolibet peculiari debitore ». *l.* 24. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Pomponius, *lib.* 15. *ad Sabin.*

XI. Quemadmodum regulariter filiafamilias citra voluntatem patris, ita, vice versa, pater citra voluntatem filiæ dotem exigere non potest : nec enim sicut peculium, ita dotem ei invitæ adimere potest.

Hinc Diocl. et Maxim. rescribunt : « Filiæ pecuniam adimere quam habes in potestate minime prohiberis. Nam (2) si pro ea dotem dedisti ; hanc constante matrimonio, ne consentiente quidem ipsa, matrimonio autem dissoluto, eadem invita repetere non potes ». *l.* 7. *cod. h. t.* 5. 18.

Item Africanus : « Titia divortium a Seio fecit. Hanc Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat. Ipsa se matremfamilias dicit, et de dote agere vult. Quæsitum est quæ partes judicis sint? Respondit : Patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem : sicuti denegaretur, etiamsi constaret eam in potestate esse ». *l.* 34. *lib.* 8. quæst.

« Eo autem tempore consentire filiam patri oportet, quo lis contestatur. Secundum hæc, si filiam dicat se patri consentire, et ante litis contestationem mutaverit voluntatem, vel etiam emancipata sit, frustra pater aget ». *l.* 22. §. 5. Ulpianus, *lib.* 33. *ad ed.*

XII. « Voluntatem autem filiæ, quum patre agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab imperatore Antonino rescriptum : Filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Julianus, libro 48 Digestorum, scripsit : Quasi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat. Nam ubi non potest per dementiam contra-

(1) Scilicet si interim pater ei non ademit peculium, aut peculii administrationem.

(2) *Nam* pro *sed.*

mettra à la femme de la demander, en donnant caution de faire ratifier ».

3°. « Il faut dire pareillement que si le père a été pris par les ennemis, on doit permettre à sa fille d'intenter l'action en répétition de sa dot ».

4°. « Il y a encore un cas où la femme, fille de famille, peut recevoir sa dot sans son père, après la dissolution du mariage; car, « si une fille de famille devant se marier, a apporté en dot à son mari une partie du pécule dont elle avait l'administration, et qu'elle ait divorcé ayant toujours l'administration de son pécule (1), on pourra lui rendre cette dot, comme tout débiteur de son pécule pourrait la payer ».

XI. Comme régulièrement une fille de famille ne pouvait pas exiger sa dot sans le concours de son père, de même son père n'était pas non plus recevable à l'exiger sans le sien, parce qu'il n'était pas à sa disposition de lui ôter sa dot comme son pécule.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Rien ne vous empêche d'ôter à votre fille qui est sous votre puissance, l'argent qu'elle possède; mais (2) si vous avez donné une dot pour elle, vous ne pouvez la reprendre, ni avec son consentement pendant le mariage, ni sans son consentement après la dissolution du mariage ».

Africanus dit aussi : « Titia a fait divorce avec Seius-Titius, qui, alléguant qu'elle est sous sa puissance, demande en conséquence qu'on lui rende la dot. Elle soutient de son côté qu'en sa qualité de mère de famille, elle veut exercer l'action en répétition de sa dot. Il s'agit de savoir ce que doit faire le juge dans ce cas. J'ai répondu qu'il fallait refuser l'action du père, à moins qu'il ne prouvât, non-seulement que sa fille était sous sa puissance, mais encore qu'elle consentait à répéter sa dot avec lui, comme il faudrait qu'elle y consentît quand il serait constant qu'elle serait sous sa puissance ».

« Le consentement de la fille doit intervenir lorsque le père établit la contestation en cause : d'après quoi, si la fille ayant dit qu'elle consentait, a cependant changé d'avis, ou qu'elle ait été émancipée avant la contestation en cause, l'action du père sera nulle ».

XII. « Toutefois, par le consentement de la fille à l'action du père, par rapport à sa dot, faut-il entendre du consentement formel ou tacite? L'empereur Antonin dit à cet égard, dans un rescrit, que la fille est censée consentir quand elle ne contredit pas expressément ; or, suivant Julien, le père est censé actionner du consentement de sa fille, lorsque celle-ci est folle, parce que,

(1) Si son père ne lui a pas ôté son pécule, ou l'administration de ce pécule.

(2) *Nam* pour *sed*.

dicere, consentire quis eam merito credet? Sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate ejus id factum, cavendumque *ratam rem filiam habituram* a patre. Ubi enim sapit, scire eam exigimus; ut videatur non contradicere ». *l.* 2. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad Sab.*

Quid tamen si filia latitet ne patri consentiat? An in perpetuum denegabitur actio patri? Hoc ex arbitrio judicis pendebit, qui ex patris moribus æstimabit an ei actio deneganda sit, nec ne.

Enimvero, « necnon illud quoque probamus quod Labeo probat, nonnunquam patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit ne acceptam dotem consumat. Ideoque officium judicis interponendum est, quatenus et filiæ et patri competenter consuletur. Sed si latitet filia ne tali patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim si filia verecunde per absentiam patri contradicat (1)? Cur non dicamus patri non esse dandam actionem? Quod si is pater sit, cui omnimodo consentire filiam decet, hoc est vitæ probatæ; filia levis mulier, vel admodum juvenis, vel nimia circa maritum non merentem : dicendum est patri potius acquiescere prætorem oportere, dareque ei actionem ». *sup. d. l.* 22. §. 6.

XIII. Vidimus patrem citra voluntatem filiæ non posse regulariter exigere dotem : pariter non recte ei solvitur citra filiæ voluntatem.

Hoc docet Julianus. Ita ille : « Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus : sed condicere socero potest, nisi ratum filia habuisset. Et propemodum similis est gener, ei qui absentis procuratori solveret; quia, in causam dotis, particeps et quasi socia obligationis patri filia esset ». *l.* 33. §. 6. *ff.* 46. 3. *de solut.* Jul. *lib.* 54. dig.

Simili ratione, etiamsi pater viro debitore dotis heres extiterit, manet actio de dote mulieri. Unde Severus et Antoninus cuidam Aquiliæ rescribunt : « Secundum rationem juris existimas restitui tibi debere dotem a fisco, qui bona damnati patris tui suscepit. Licet enim viro quondam tuo pater tuus heres extiterit, attamen juri tuo hoc derogare non potest, quum et ipse pater sine volun-

(1) Verecunda contradictio est, si latitet ne consentiat.

ne pouvant contredire à cause de sa folie, on est fondé à croire qu'elle consent. Mais si la fille est seulement absente, il faudra dire que le père n'agit pas avec son consentement, et qu'il doit donner caution de la faire ratifier, parce que, dès qu'elle a l'usage de sa raison, il faut qu'elle sache ce qu'on fait pour elle, pour être présumée y consentir ».

Que faut-il décider cependant si la fille se cache pour ne pas consentir ? Faudra-t-il refuser toujours l'action à son père ? On doit s'en rapporter à cet égard à la prudence du juge, qui estimera s'il doit la lui refuser ou la lui accorder, d'après la connaissance de sa moralité.

En effet, « nous pensons, comme Labéon, qu'il faut quelquefois refuser cette action au père, lorsque sa mauvaise conduite peut faire craindre qu'il ne dissipe la dot après l'avoir reçue. C'est pourquoi le juge doit interposer son autorité à l'effet de pourvoir aux intérêts du père et de la fille. Mais si la fille se cache pour ne pas donner son consentement à son père, parce qu'elle craint qu'il n'y ait danger, je pense qu'il faut accorder action au père avec connaissance, parce que si la fille s'absente pour ne pas refuser ouvertement son consentement à son père (1), pourquoi ne dirait-on pas que celui-ci doit être exclus de cette action ? Mais si le père est tel que sa fille doive ne pas lui refuser son consentement, c'est-à-dire, s'il est d'une conduite irréprochable, et que sa fille soit une femme légère, et même encore fort jeune, ou trop généreuse envers un mari qui ne le mérite pas, il faut dire que le préteur doit acquiescer à la demande du père, et lui donner l'action qui lui appartient ».

XIII. Nous avons vu qu'un père ne pouvait pas exiger la dot sans le consentement de sa fille; on ne peut pas non plus la lui payer sans ce même consentement.

Ainsi l'enseigne Julien : « Si, dit-il, un gendre a payé la dot de sa femme à son beau-père, à l'insu de sa femme, il n'en est pas libéré; mais il a action contre son beau-père, à moins que la femme n'ait ratifié le paiement. Ce gendre est à-peu-près assimilé à celui qui aurait payé au procureur d'un absent, parce que la fille est en quelque sorte associé à son père, par rapport à l'obligation de lui restituer sa dot ».

Par la même raison, encore que le père ait été héritier du mari qui devait restituer la dot à sa fille, celle-ci conserve l'action en répétition de sa dot. C'est pourquoi Sévère et Antonin disent dans un rescrit adressé à une certaine Aquilia : « Vous êtes justement fondé à penser que votre dot doit vous être rendue par le fisc, qui a recueilli les biens de votre père condamné; et en effet,

(1) Si elle se cache pour ne pas consentir, elle est censée refuser respectueusement ce qu'elle n'ose refuser ouvertement.

tate tua nec exigere nec accipere dotem poterat ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 18.

XIV. Quamvis autem maneat actio mulieri, quum patri citra illius voluntatem dos soluta est; tamen « si pater sine consensu filiæ dotem a viro exegisset, et eamdem aliis viro ejus filiæ nomine dedisset; et, mortuo patre, filia cum priore viro ageret; doli mali exceptione repellitur ». *l.* 4. Pomp. *lib.* 15. *ad Sab.*

Item « si pater, filia absente, de dote egerit, etsi omissa sit *de rato* satisdatio, filiæ denegari debet actio; sive patri heres extiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum dotis satis esset. Et ita Julianus pluribus locis scribit: Compensandum in dotem quod a patre datur; lucroque ejus cedit, si tantum (1) ab eo consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito qui patri solvit ». *l.* 22. §. 3. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Generaliter autem respondet Ulpianus: « Dotem voluntate filiæ videri patrem recepisse, quum causas contradicendi ei filia non haberet; maxime quum ab eo postea ampliore summa dotata sit ». *l.* 37. *lib.* 2. resp.

ARTICULUS III.

Quid obtineat circa restitutionem dotis, soluto matrimonio per servitutem alterutrius conjugis?

XV. Si matrimonium dissolvatur per captivitatem alterutrius conjugis, nondum committitur dotis restitutio, propter spem postliminii. Si ibi decesserit, eamdem obtinent quasi morte ejus solutum esset matrimonium.

Hinc Valerianus et Gallienus rescribunt: « Si quidem vivit apud hostes uxor tua, nondum frater ejus quasi heres dotem repetere potest. Si vero diem functa est, et hereditatem ejus possit vindicare, dotis quoque repetitio ei jure competit, quum in stipulatum (2) deducta sit ». *l.* 5. *cod. h. t.* 5. 18.

Similiter Pomponius: « Si ab hostibus capta filia quæ nupta erat, et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit, puto dicendum perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset; ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat ». *l.* 10. *lib.* 15. *ad Sab.*

---

(1) Cujacius, *observ.* 3. 16. emendat *si amplius ab eo consecuta sit, quam ei, etc.* argumento legis 34. §. 5. *ff.* 31. 1. *de legatis* 2°.

(2) Jure Pandectarum, præmortua muliere, heredes mulieris actionem ad repetendam dotem ita demum habebant, si eam sibi soluto matrimonio reddi fuisset stipulata: ut vid supra *art.* 1.

encore que votre père ait été héritier de votre ci-devant mari, votre droit n'en subsiste pas moins, puisque votre père ne pouvait ni exiger, ni recevoir votre dot sans votre consentement ».

XIV. Mais quoique la femme conserve l'action de sa dot, lorsqu'elle a été payée à son père sans son consentement; cependant, « si le père avait exigé la dot de sa fille sans son consentement, mais qu'il l'eût donnée pour elle à un second mari, et que sa fille, après sa mort, la répétât contre le premier, elle serait repoussée par l'exception de la mauvaise foi ».

Et « si un père avait intenté l'action de la dot en l'absence de sa fille, nonobstant l'omission de la caution de faire ratifier, on doit refuser action à la fille, soit qu'elle eût été héritière de son père, ou qu'elle eût reçu la valeur de sa dot par un legs. Et Julien dit dans plusieurs endroits, qu'en ce cas il faut compenser la dot avec ce qu'elle a reçu de son père, et qu'alors elle gagne ce qu'elle aurait reçu de plus que la valeur de la dot rendue à son père par son mari (1) ».

Mais Ulpien dit en général, que « le père est censé avoir reçu la dot de sa fille avec son consentement, lorsqu'elle n'avait pas de raisons pour le refuser, et surtout quand il lui a donné ensuite une dot plus considérable ».

ARTICLE III.

De ce qui a lieu par rapport à la restitution de la dot, quand le mariage a été dissous parce que l'un des époux a été réduit en servitude.

XV. Si le mariage a été dissous parce que l'un des époux a été réduit en captivité, l'action de la dot reste suspendue à cause du droit de retour. S'il est mort en captivité, il en est à cet égard comme si le mariage eût été dissous par la mort.

C'est pourquoi Valérien et Gallien disent dans un rescrit : « Si votre femme est actuellement en captivité, son frère ne peut pas encore répéter sa dot comme son héritier le pourrait. Mais si elle est décédée, et qu'il puisse revendiquer la succession, il a pareillement action pour répéter sa dot, puisque la restitution en a été stipulée (2) ».

Pomponius dit également : « Si une fille qui avait été mariée, et qui avait une dot profectice, a été prise par les ennemis, et est morte leur captive, je pense qu'il faut dire qu'il en est à tous égards comme si elle était décédée dans le mariage, et que sa dot doit revenir à son père, encore qu'elle ne fût pas sous sa puissance, parce que la dot provenait de lui ».

---

(1) Cujas dit qu'il faut lire *si amplius ab eo consecuta sit, quam el, etc.* d'après la *l.* 34. §. 5. *ff. sur les legs*, 2°.

(2) Par le droit des Pandectes, lorsque la femme était morte la première ses héritiers n'avaient action pour répéter sa dot, qu'autant que la restitution en avait été stipulée après la dissolution du mariage, comme on l'a vu *art.* 1.

Quod ad cæteras servitutis species attinet, quum morti comparentur, patet idem jus obtinere ac in casu mortis.

SECTIO II.

De tempore dotis restituendæ.

XVI. Dos, soluto matrimonio, restituenda est a marito; non tamen semper statim. Enimvero, jure Pandectarum, « dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur; nisi si, ut presens reddatur, convenerit. Reliquæ dotes statim redduntur ». Ulp. *fragm. t.* 6. §. 8.

Ex constitutione autem Justiniani, aliud restituendæ dotis tempus præfinitum est : nimirum ut intra annum a soluto matrimonio res mobiles et se moventes et incorporales restituerentur; res autem soli, statim. *l. un.* §. 7. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

« Sive autem, sive uxoris periculo dos fuit, nihilominus legitimo tempore debet solvere maritus ». *l.* 24. §. 3. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Cæterum, si convenerit de tempore quo dos restitueretur, intra illud tempus dos restituenda est : scilicet si citerius legitimo tempore. Ut enim tardius reddatur, pactum non valet : ut vid. supra, *lib.* 23. *t.* 4. *de pact. dotal. n.* 4.

XVII. Interdum, quum soluto matrimonio dilatio viro ad reddendam dotem conceditur, hæc adjicitur lex, ut vir eo nomine satisdet. Hoc autem casu, « quotiens mulieri satisdandum (1) est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc, deducto commodo temporis, condemnatio residui repræsentatur. Sed si, quum maritus satisdare posset, nollet; in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Judicis igitur officio convenit, ut, aut satisdatione interposita, absolvat maritum, aut habita ratione compensationis eum condemnet. Quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati, quam in repræsentatione deductionem ». *d. l.* 24. §. 2.

XVIII. Dilatio autem, quæ, sive ex conventione, sive ex lege, ad restitutionem dotis competit, ad eam dotis partem non porrigitur, ex qua mulierem funerari oportuit; quum hæc res moram non patiatur.

Hinc, « si filiafamilias nupta decesserit, et pater funus ei fecerit; tametsi ei dotem aliquod tempus gener reddere deberet, ta-

(1) Satisdatio pro dote, constante matrimonio exigi prohibetur; ut vid. infra, *lib.* 46. *tit.* 1. *de fidejussorib.* Soluto matrimonio, utiliter accipitur.

Par rapport à toutes les autres espèces de servitude, comme elles sont assimilées à la mort, il est évident qu'elles produisent les mêmes effets.

SECTION II.

Du tems où la dot doit être restituée.

XVI. Le mari doit restituer la dot à la dissolution du mariage; mais non pas toujours sur-le-champ. En effet, par le droit des Pandectes, « si la dot consistait en chose pesée, nombrée ou me-» surée, elle devait être restituée dans un, deux ou trois ans, à » moins qu'il n'ait été convenu qu'elle serait rendue sur-le-» champ. Toutes les autres dotes sont restituables sur-le-champ».

Mais par une constitution de Justinien, le tems déterminé pour la restitution de la dot fut changé; celle qui consistait en meubles morts ou vifs, ou en choses incorporelles, dut être restituée dans un an de la dissolution du mariage. Celle qui consistait en immeuble dut être restituée sur-le-champ.

« Mais, soit que la dot fût aux risques et périls du mari ou de la femme, le mari ne devait pas moins la restituer dans le tems fixé par la loi ».

Toutefois, s'il avait été convenu du tems auquel la dot serait restituée, elle devait l'être au tems convenu, s'il était moins éloigné que celui de la loi; car il n'était pas permis de stipuler un tems plus long, comme on l'a vu ci-dessus.

XVII. Quelquefois le mari qui a un délai pour rendre la dot après la dissolution du mariage, ne l'a qu'à condition d'en fournir caution. Dans ce cas, « toutes les fois que le mari doit donner caution (1) à sa femme, de lui rendre sa dot après un certain tems, s'il ne présente aucun garant, il est condamné à la rendre sur-le-champ, déduction faite des avantages qu'il aurait retirés de ce délai. Mais si le pouvant, il ne le veut pas, suivant Méla, il doit être condamné à restituer la dot entière sans cette déduction. Le juge doit l'absoudre lorsqu'il a donné caution, ou le condamner, sauf la compensation ci-dessus. C'est ce qui se fait aujourd'hui, et on n'écoute pas une femme qui aime mieux souffrir le délai que de faire la déduction».

XVIII. Mais le délai qui a lieu en vertu de convention, ou en vertu de la loi par rapport à la restitution de la dot, n'a pas lieu pour la portion qu'il en fallait employer à payer les funérailles de la femme, cet objet ne comportant pas de délai.

C'est pourquoi, « si une fille de famille mariée est morte, et que son père ait payé ses funérailles, bien que son gendre ne

(1) Il est défendu d'exiger caution pour la dot pendant le mariage, comme on le verra *liv.* 46, au titre qui traite *des garans et cautions;* mais on peut la demander après la dissolution du mariage.

men continuo socer agendo consequetur, ut impensam funeris præsentem recipiat. Cætera dotis, statuto tempore solvantur ». *l.* 60. Procul. *lib.* 5. *epist.*

XIX. Vidimus intra quod tempus a die soluti matrimonii dos exigi possit. Interdum constante adhuc matrimonio exigi potest, scilicet quum maritus vergit ad inopiam.

De qua re quærit Ulpianus : « Si constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet; unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere ». *l.* 24. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Simili ratione, deportato viro, matrimonium quidem perseverat, si mulier non mutet uxoris adfectionem (1); « ideoque dotis exactio ipso jure non competit : sed indotatam eam esse, cujus laudandum propositum est, nec ratio æquitatis nec exempla permittunt (2) ». *l.* 1. *cod.* 5. 17. *de rep. v. ideoque* Alex.

Justinianus autem constituit ut, eo casu quo maritus vergit ad inopiam, possit uxor constante matrimonio non solum agere adversus ipsum maritum, sed etiam adversus alios agere *hypothecaria* actione, quemadmodum soluto matrimonio potuisset. Præcipit præterea ut, constante matrimonio, mulier cui restituitur dos, nihil possit alienare ex rebus dotalibus, et ut ad onera matrimonii reditus impendantur. *l.* 29. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

SECUNDA PARS.

De actionibus quæ ad dotis restitutionem competunt.

XX. Soluto matrimonio, mulier, aut alius cui dos restitui debet, res dotales propria auctoritate occupare non potest.

Hinc Dioclet. et Maxim. : « Dotis actione successores mariti super eo, quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes. Ingrediendi enim possessionem rerum dotalium, heredibus mariti non consentientibus, sine auctoritate competentis judicis nullam habes facultatem ». *l.* 9. *cod. h. tit.* 5. 18.

Jure Pandectarum, ad restitutionem dotis, actio *rei uxoriæ* mulieri, nec non patri in cujus potestate est, competit. Ipsi præterea actio *ex stipulatu* competebat, si de dote reddenda stipulatio interposita fuisset. Extraneo qui dotem constituerat, nunquam *rei uxoriæ* actio competere poterat; sed aut actio *ex stipu-*

(1) Vid. supra, hoc *lib. tit.* 2. *de divort. n.* 1.

(2) Eam igitur, quamvis constante matrimonio, repetet a fisco ad quem bona deportati mariti perveniunt.

doive lui restituer la dot qu'après un certain tems ; s'il l'actionne pour les frais funéraires, on ordonnera qu'ils lui soient remboursés sur-le-champ, et qu'il attende le tems fixé pour le reste ».

XIX. Nous avons vu dans quel tems, après la dissolution du mariage, la restitution de la dot devait avoir lieu, mais quelquefois on peut l'exiger avant que le mariage soit dissous, comme, par exemple, lorsque le mari est réduit à la misère.

Ulpien examine à cet égard : « Quand une femme commence à pouvoir exiger sa dot durant le mariage, à cause de l'indigence de son mari ; et, suivant lui, elle commence à pouvoir exiger la dot du moment qu'il est évident que les facultés de son mari ne lui permettent plus de la lui rendre en entier ».

Par la même raison, si le mari a été déporté, le mariage n'est pas dissous, si la femme ne veut pas s'en séparer (1), et par conséquent l'action en répétition de la dot n'a pas lieu de droit ; mais ni la raison d'équité, ni celle des mœurs ne permettent qu'elle perde sa dot pour avoir conservé à son mari un attachement digne d'éloges (2) ».

Mais Justinien a voulu que, dans le cas où le mari toucherait à sa ruine, sa femme pût, durant le mariage, non-seulement répéter sa dot contre lui, mais encore exercer l'action hypothécaire contre ses créanciers, comme si son mariage était dissous. Il ordonne en outre que la femme à qui on a rendu sa dot durant le mariage, ne puisse rien aliéner de ses biens dotaux, et qu'elle en emploie les revenus à supporter les charges du mariage.

SECONDE PARTIE.

Des actions qui ont lieu pour exiger la restitution de la dot.

XX. Après la dissolution du mariage, ni la femme, ni tout autre à qui sa dot pourrait devoir être restituée, ne peut s'emparer des biens dotaux de sa propre autorité.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Vous devez actionner les héritiers du mari pour ce qui lui avait été donné à titre de dot ; car rien ne vous autorise à vous emparer des biens dotaux de la femme sans leur consentement ou un jugement qui vous les adjuge ».

Par le droit des Pandectes, l'action *rei uxoriæ*, c'est-à-dire, en revendication ou restitution des objets qui constituent les apports de la femme était pareillement accordée au père de la femme, si elle était sous sa puissance. Il avait en outre l'action de la stipulation, si la restitution de la dot avait été stipulée. Mais l'étranger qui avait

(1) Voy. ci-dessus, le titre *du divorce*, *n.* 1.

(2) Elle peut donc, quoique durant le mariage, la répéter contre le fisc à qui les biens de son mari ont été dévolus par la déportation.

latu, si dotem sibi reddi stipulatus erat; aut civilis actio *præscriptis verbis*, si simplex pactum de dote ipsi reddenda intervenerat, quum dotem daret.

Ex constitutione autem Justiniani, unica datur ad dotis restitutionem *ex stipulatu* actio; in quam *rei uxoriæ* actio transfusa est. Quam quidem actionem *ex stipulatu* Justinianus vult dari, etiamsi aut omnino non fuerit interposita stipulatio, aut inutiliter. *l. un. cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

Quinetiam, Justinianus utilem *vindicationem* mulieri dat, soluto matrimonio, rerum quas in dotem dedit, sive mobiles sive immobiles, sive æstimatas sive inæstimatas : « Non enim (*inquit*) quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est ». *l.* 30. *cod.* 5. 12. *de jure dotium v. non enim.*

Item, si nolit *in rem* agere, dat ei in illis rebus hypothecam omnibus creditoribus anteriorem. *d. l.* 30.

Sed et in bonis mariti dedit mulieri tacitam hypothecam qualem habet pupillus in bonis tutoris. *l. un.* §. 1. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

Circa actiones illas quæ de restituenda dote competunt, videbimus : 1°. adversus quos competant; 2°. quid in his actionibus veniat præstandum; 3°. quæ retentiones his judiciis fiant, et quatenus vir judicio *dotis* teneatur; 4°. de privilegio harum actionum, 5°. denique quando illæ competere desinant.

SECTIO I.

Adversus quos competant actiones de restituenda dote?

XXI. Transgrediamur nunc ac hunc articulum, ut quæramus adversus quos competit de dote actio? Et adversus ipsum maritum competere palam est; sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subjecto juri ejus, vel non subjecto ». *l.* 22. §. 12. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Et quidem « mutus, surdus, cæcus, dotis nomine obligantur; quia et nuptias contrahere possunt ». *l.* 73. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Paul. *lib.* 71. *sentent.*

Hæc ita, quum maritus est paterfamilias.

XXII. « Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socero data sit; si quidem jussu soceri, adhuc absolute (1) socer tenebitur. Quod si filio data sit non jussu patris, Sabinus et Cassius responderunt

(1) In solidum.

constitué la dot ne pouvant jamais avoir l'action susdite, avait seulement l'action de la stipulation, dans le cas où il aurait stipulé que la dot lui serait rendue; ou l'action civile de la convention, pourvu qu'il eut seulement été convenu, lorsqu'il avait constitué la dot, que ce serait à lui qu'elle serait rendue.

Mais depuis une constitution de Justinien, on accorde plus, pour la restitution de la dot, que la seule action de la stipulation, dans laquelle l'action *rei uxoriæ* a été confondue. Il a voulu que cette action de la stipulation fût même donnée lorsque la stipulation était nulle, ou qu'il n'y en avait point.

Justinien donne même à la femme, après la dissolution du mariage, une action utile en revendication des objets qu'elle a apportés en dot, soit mobiliers, soit immobiliers, estimés ou non estimés, « parce que, dit-il, la subtilité des lois, en supposant ces objets passés dans la propriété du mari, fait une supposition contre la vérité des choses ».

Et si la femme ne veut pas exercer cette action réelle, il lui donne sur ces choses une hypothèque privilégiée contre tous ses créanciers.

Il donne même à la femme sur les biens de son mari une hypothèque tacite égale à celle qu'a le pupille sur les biens de son tuteur.

A l'égard de ces actions que l'on accorde pour la restitution de la dot, nous examinerons, 1°. contre qui elles ont lieu; 2°. ce qui y entre; 3°. quelles sont les retenues auxquelles elles donnent lieu, et jusqu'à quel point le mari en est tenu; 4°. quel est le privilége de ces actions; 5°. enfin quand elles cessent d'avoir lieu.

SECTION I.

Contre qui sont données les actions en restitution de la dot?

XXI. « Passons maintenant à cet article pour examiner contre qui l'action de la dot a lieu. Il est évident qu'elle a lieu contre le mari, soit que la dot lui ait été donnée à lui-même, à un autre de son consentement, ou enfin à une personne qui est encore ou qui a cessé d'être sous sa puissance.

Et même « un muet, un sourd, un aveugle, peuvent être obligés pour la dot, parce qu'ils peuvent contracter mariage ».

Il en est ainsi lorsque le mari est père de famille.

XXII. Mais si le mari est fils de famille, et que la dot ait été donnée au beau-père, on agira contre le beau-père. Si même la dot a été donnée au fils par l'ordre du beau-père, celui-ci en sera absolument tenu (1); mais si la dot a été donnée au fils sans ordre de

(1) En entier.

nihilominus cum patre agi oportere (1) : videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium. Sufficit autem ad id damnari eum quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patris heres extiterit ». *sup. d. l.* 22. §. 12. *v. sed filiusfam.*

XXIII. De primo casu, quum dos ipsi socero data est, adversus socerum actionem in solidum dari rescribunt etiam Dioclet. et Maxim. : « Si socero filiæ tuæ dotem dedisti; licet in ejus positus potestate gener tuus rebus humanis exemptus sit; tamen non de peculio, sed in solidum a te (consentiente filia) conventum eum satisfacere oportet ». *l.* 10. *cod. h. tit.* 5. 18.

Ipsum autem maritum non teneri vidimus, nisi patri, cui dos data est, heres extiterit.

Igitur, « si exheredato marito mulier agat, magis est ut ex die aditæ (2) patris hereditatis incipiat ei dotis exactio ». *l.* 24. §. 1. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Quum (*autem*) patri et dos data esset, et ei filius ex aliqua parte heres sub conditione institutus fuerit, et pendente conditione coheredes ejus dotem pro sua portione mulieri solverint; hoc minus filius ex dote præstare debebit, quoniam nullam actionem ejus pecuniæ recuperandæ gratia adversus coheredes habet (3) ». *l.* 31. §. 3. Jul. *lib.* 18. *dig.*

XXIV. Jam vero circa alterum casum, quo ipsi viro filiofamilias dos data est, ita statuit Tryphoninus : « Si filiofamilias dos data est; ipse quidem dotis actione tenetur; pater autem ejus de peculio (4) : nec interest in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat nec ne. Sed quatenus facere potest, hic quoque (5) condemnandus est. Intelligitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei judicandæ tempore. Atquin (6), si cum patre agatur, de-

(1) Sed *de peculio* duntaxat, et *in rem verso;* ut mox subjicit. Filius autem hoc casu ipse tenebitur.

(2) Quum enim nonnisi adversus soceri heredem mulier agere possit; non est adversus quem possit agere, donec hereditas fuerit adita.

(3) Nec enim jam potest judicio *familiæ erciscundæ* præcipere dotem, quum ipsius coheredes eam pro portionibus suis restituerint.

(4) Scilicet si jussus patris non intervenit; alioquin pater teneretur in solidum, actione *quod jussu.*

(5) Filius.

(6) Dixit patrem teneri *de peculio*, filium teneri *quatenus facere potest* ex suo peculio. Hinc ne concludas similiter eos teneri; discrimen enim illud est inter patrem et filium, quod *si cum patre, etc.*

son père, Sabinus et Cassius ont répondu qu'il n'en fallait pas moins agir contre le père (1), parce qu'elle était censée être parvenue à celui dans les mains duquel était le pécule du fils; toutefois il suffira de le condamner à la concurrence du pécule, ou de ce qui aura été employé dans ses affaires. Enfin si on a donné la dot au beau-père, on ne pourra agir contre le fils qu'autant qu'il aura été héritier de son père ».

XXIII. Dans le premier cas, où la dot a été donnée au beau-père lui-même, Dioclétien et Maximien disent aussi dans un rescrit que l'action sera intentée solidairement contre lui : « Si vous avez donné la dot de votre fille à son beau-père, encore que votre gendre se soit trouvé à l'époque de son décès sous sa puissance, il sera condamné, si vous l'actionnez du consentement de votre fille, à l'effet de vous satisfaire, non pas à la concurrence du pécule, mais en entier ».

Nous avons vu que le mari n'était tenu lui-même qu'autant qu'il avait été héritier de son père, à qui la dot avait été payée.

De la suit que « si le mari a été deshérité, et que la femme intente l'action contre lui, le mieux est que cette action n'ait lieu contre lui que du jour qu'il a accepté (2) la succession de son père ».

Mais « lorsque la dot a été donnée au père, et que le fils ayant été institué héritier pour une portion, et sous une condition, ses cohéritiers ont payé à la femme la portion de cette dot dont ils étaient passibles, avant que la condition fût remplie, le fils n'est tenu de lui en payer que ce qui lui en reste dû, parce qu'il n'aurait pas d'action contre ses héritiers pour ce qu'il lui aurait payé de plus (3) ».

XXIV. Par rapport à l'autre cas où la dot a été donnée au mari fils de famille, Tryphoninus dit : « Si la dot a été donnée au fils de famille, il sera passible lui-même de l'action de la dot, et son père de celle du pécule (4), et il est indifférent que la chose ou la somme donnée en dot, soit ou ne soit pas dans le pécule du fils, mais (5) ce dernier en sera tenu en raison de ses facultés à l'époque du jugement. Si néanmoins on actionne le père (6), on

(1) Mais à raison du pécule seulement et de ce qui a tourné à son profit, comme il l'ajoute bientôt après, et le fils en sera tenu dans ce cas.

(2) La femme ne pouvant actionner que l'héritier de son beau-père, ne pourrait agir contre personne, la succession n'étant point acceptée.

(3) Car il ne pourrait pas reprendre la dot en préciput par l'action du partage, ses cohéritiers en ayant remboursé leur portion.

(4) C'est-à-dire, si le père n'y a pas consenti, parce que, dans le cas contraire, il serait tenu en entier par l'action *quod jussu*, c'est-à-dire, en vertu de l'ordre qu'il a reçu.

(5) Le fils.

(6) Il a dit que le père était tenu du pécule, et le fils à la concurrence de ses facultés résultantes de son pécule : mais il n'en faut pas conclure qu'ils en soient également tenus; car il y a entre le père et le fils cette différence, que si, etc.

duceretur ex peculio quod patri, vel subjectis ei personis filius debet (1); at si cum ipso filio agatur, alterius (2) debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius ». *l.* 53. *lib.* 12. *disp.*

Notandum autem, in peculio filii contineri quod uxor ipsius ei debet.

Hinc Paulus : « Si filiofamilias dos data sit injussu patris, de peculio quidem agetur. Sed sive propter impensas a filiofamilias factas, sive propter res donatas a filio, vel amotas ab uxore res peculiares; hoc ipso quod habet actionem pater ex persona filii, majus peculium fit. Et sic totum est præstandum mulieri, quod est in peculio; quia adhuc sit quod uxori (3) debeatur ». *l.* 25. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

XXV. Observandum superest persecutionem dotis competere adversus heredes et quoscumque successores viri aut soceri qui dotem acceperunt.

Hinc, « si, marito publico judicio damnato, pars aliqua bonorum ejus publicetur, fiscus creditoribus ejus satisfacere necesse habet; inter quos uxor quoque est ». *l.* 31. Jul. *lib.* 18. *digest.*

Quod « si socer a genero heres institutus, adierit hereditatem; quandoque, mortuo patre, cum herede ejus filiam (4) de dote acturam Nerva et Cato responderunt; ut est relatum apud Sextum-Pomponium, digestorum ab Aristone libro quinto. Ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem et, si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse ». *l.* 44. Paul. *lib.* 5. *quæst.*

---

(1) Hanc deductionem fieri quotiescumque *de peculio* pater convenitur vidimus supra, *lib.* 15. *tit.* 1. *de peculio. sect.* 4. *art.* 3.

(2) Nec ejus quod debet patri, nec ejus quod cuivis alteri debet. Æstimatio enim ejus quod quis facere potest, non fit deducto ære alieno. Infra *sect.* 3. *art.* 2.

(3) Recte putat Gothofredus legendum, *quod uxori debeat.* Finge in dote fuisse mille; in peculio trecenta; et ducenta quæ a muliere debentur. Socer *rei uxoriæ* actione *de peculio* conventus, totum quod est in peculio præstare debet; scilicet solvere debet trecenta, et accepto facere ducenta quæ ipsi ex persona filii a muliere debentur : quia ni id faciat, non totum peculium absumet; erit enim adhuc in peculio id quod uxor debet.

(4) Agitur hic de filiafamilias muliere, quæ adversus patrem suum, in cujus potestate est, agere non potest : cæterum *quandoque*, id est, *mortuo patre, etc.* Emancipata autem, adversus ipsum patrem agere posset; ut mox statim dicitur.

déduira du pécule du fils ce qu'il doit à son père, ou autres personnes sous la puissance de son père (1); et si on actionne le fils, on n'en fera pas la déduction (2) en établissant la quotité de ses facultés ».

Mais il faut observer que le pécule de ce fils comprend ce que lui doit sa femme.

C'est pour cela que Paul dit : « Si la dot a été donnée au mari fils de famille, sans le consentement de son père, on n'en aura pas moins l'action du pécule contre ce dernier; mais on imputera sur le pécule de son fils tant les dépenses qu'il aura faites, que les choses qu'il aurait données, et celles que sa femme aurait détournées de son pécule, parce que le père aura action à cet égard au nom de son fils. C'est ainsi que la femme doit être remboursée de tout le pécule de son mari, et autrement elle devrait (3) ce qu'elle aurait dû de plus à son mari ».

XXV. Il reste à observer que l'action de la dot a lieu contre les héritiers et tous autres successeurs du mari ou du beau-père qui l'ont reçue.

C'est pourquoi « si les biens d'un mari condamné ont été confisqués, ou partie d'iceux, le fisc sera tenu de satisfaire ses créanciers, au nombre desquels il faut compter sa femme ».

Et « si un beau-père, institué héritier par son gendre, a accepté sa succession, la bru aura encore l'action de la dot après la mort de (4) l'un ou de l'autre, comme l'ont répondu Nerva et Caton, ainsi qu'on le voit dans Sextus-Pomponius, d'après Aristo, dont il adopte le sentiment. Quant à moi, je penserais que, quand le père aurait émancipé sa fille, il n'en pourrait pas moins être actionné ».

---

(1) Nous avons vu ci-dessus, *liv.* 15, au titre *du pécule*, *sect.* 4, *art.* 3, que cette déduction avait lieu toutes les fois qu'on intentait l'action du pécule.

(2) Ni de ce qu'il doit à son père, ni de ce qu'il doit à tout autre, parce que l'estimation de ce qu'un individu peut en raison de ses facultés, ne comporte point la déduction de ses dettes, comme on le verra *sect.* 3. *art.* 2.

(3) Godefroy pense avec raison qu'il faut lire *quod uxor debeat.* Supposons qu'il y eût dans la dot mille *écus d'or*, qu'il y en eût trois cents dans le pécule, et que la femme en dût deux cents, le beau-père, actionné par sa bru à la concurrence du pécule, doit tout ce qui est dans le pécule, c'est-à-dire, doit payer trois cents *écus*, et donner quittance des deux cents qui lui sont dus au nom de son fils, parce que sans cela il n'aurait pas donné tout le pécule, puisqu'il en resterait encore les deux cents *écus* que sa bru lui devait.

(4) Il s'agit ici d'une femme fille de famille, qui ne peut pas agir contre son père, étant sous sa puissance; et qui, *quelquefois*, c'est-à-dire, son père étant mort, etc. Mais une fille émancipée pourrait agir contre son père, comme on va bientôt le voir.

SECTIO II.

Quid veniat in actione quæ ad dotis restitutionem competit?

Vir aut socer cum quo soluto matrimonio agitur, vel quid dotis causa accepit, vel accepisse confessus est quod non accepit; vel quid ipsi dotis causa promissum est, necdum solutum; vel aliqua obligatione qua tenebatur, fuit dotis causa liberatus. Pro variis istis casibus, varia in hac actione veniunt. Quæ singula seorsim tractanda.

CAPUT PRIMUM.

Quid veniat in judicio dotis, *quum quid vir aut socer accepit dotis causa?*

Interest an pecuniam, aliasve res frugibiles vir aut socer accepit, an species inæstimatas, an species æstimatas.

ARTICULUS I.

De casu quo res fungibiles viro aut socero traditæ sunt in dotem,

XXVI. Quum vir accepit res fungibiles, non corporum, sed quantitatis, soluto matrimonio debitor est: adeoque, etiamsi corpora perierint, quantitas quam accepit hac actione restituenda venit.

Hinc Gaius: « Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt; quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus ». *l.* 42. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 11. *ad ed. prov.*

Præterea pecuniæ, quæ in dotem data est, usuræ veniunt ex mora, si dos actione *rei uxoriæ* repetetur. Quippe inter bonæ fidei judicia numeratur; in quibus judiciis usuræ ex mora veniunt: ut vid. supra, lib. 22, tit. 1. *de usuris*, n. 46.

Quod si actione *ex stipulatu* repetetur, quum hæc actio sit stricti juris, non veniebant usuræ. Justinianus autem constituit actionem *ex stipulatu*, quam ad dotis repetitionem dedit, naturam *rei uxoriæ* actionis, quæ in ipsam transfusa est, sortiri; et bonæ fidei judiciorum beneficia obtinere: adeoque dicendum est, jure

SECTION II.

De ce qui entre dans l'action en restitution de la dot.

Le mari ou son père, actionnés après la dissolution du mariage, doivent restituer ce qu'ils ont reçu, ou ce qu'ils ont reconnu avoir reçu à titre de dot, soit qu'ils l'aient ou ne l'aient pas reçu; ce qui leur a été promis, lors même qu'ils ne l'auraient pas encore reçu, et ce qui contenait une obligation dont ils auraient été libérés au même titre. Or, donc, ce qui entre dans l'action de la dot diffère dans chacun de ces cas. C'est pourquoi nous en traiterons séparément.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui entre dans l'action de la dot, dans le cas où le mari ou son père ont reçu quelque chose à titre de dot.

Il faut à cet égard savoir s'ils ont reçu de l'argent ou d'autres choses qui se consument par l'usage que l'on en fait, des biens estimés, ou des biens non estimés.

ARTICLE I.

Du cas où le mari ou son père ont reçu des choses qui se consument par l'usage.

XXVI. Lorsque le mari a reçu des choses qui se consument par l'usage, il doit, après la dissolution du mariage, les rendre, non en même nature, mais en même quantité; et par conséquent, encore que ces choses aient péri, il n'en doit pas moins restituer la même quantité, en vertu de l'action en restitution de la dot.

C'est pourquoi Gaius dit: « Les choses qui consistent en poids, nombre ou mesure, sont aux périls et risques du mari qui les a reçues en dot, parce qu'elles lui ont été données pour en disposer à son gré; et en quelque tems que le mariage ait été dissous, son héritier ou lui-même sont tenus d'en restituer d'autres dans les mêmes quantité, qualité et genre ».

Les intérêts de la somme donnée en dot entrent pareillement dans l'action en répétition de la dot, du jour qu'elle a été intentée, parce que cette action est mise au nombre des actions de bonne foi, lesquelles comprennent les intérêts du jour de la demeure, comme on l'a vu ci-dessus, livre 22, au titre qui traite des intérêts et produits de la chose, n. 46.

Si l'on avait intenté l'action de la chose stipulée, les intérêts n'y entraient pas, parce que cette action est de droit strict; mais Justinien a voulu que cette action de la chose stipulée fût, par rapport à la répétition d'une dot, assimilée à celle de la dot dans laquelle il l'avait confondue, et donnât les mêmes droits que les

Justinianeo, usuras pecuniæ dotalis ex mora deberi. *l. un.* §. 2. *cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

Præter ipsam autem pecuniam quam vir in dotem accepit, et ejus ex mora usuras, nihil præterea restituendum venit : nec possunt ab eo peti res quas ex hac pecunia comparavit. Sic enim rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur; quum neque maritus uxori actionem empti possit acquirere. At dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus Præses provinciæ, si non te transegisse repererit, sed ex majore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit ». *l.* 12. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

ARTICULUS II.

De casu quo vir socerve species inæstimatas accepit dotis causa.

Hoc casu restituendæ veniunt ipsæ species quæ in dotem datæ sunt : vel, si viro socerove citra ipsius culpam evictæ sunt, venit restituendum si quid in vicem earum accepit.

Præterea, restituendum venit quidquid his speciebus accessit, et quidquid ab eis profectum est; exceptis tamen fructibus temporis quo stetit matrimonium. Quædam etiam cautiones interponendæ veniunt. Dispiciendum denique quomodo fiat restitutio ususfructus in dotem constituti.

§. I. *De restitutione ipsarum specierum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt.*

XXVII. Ipsæ res quas mulier aliusve pro ea inæstimatas in dotem dedit, ei, soluto matrimonio, restituendæ sunt.

Nec solum si propriam, sed et « si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedissit : et fructus quoque pro portione anni quo divortium factum est ». *l.* 11. Pompon. *lib.* 16. *ad Sab.*

Veniunt autem species restituendæ quales tunc sunt, et ita demum si extent, earumque copiam vir socerve habeat.

Tamen, « si post divortium res dotales deteriores factæ sint, et vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo (1) detrimentum ipse præstabit ». *l.* 25. §. 2. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Pariter tenetur si, post moram, eas omnino desiit habere; nisi

(1) Id est, sive culpa, sive citra culpam ejus factum sit. Nam post moram non distinguitur, an culpa intervenerit, necne.

actions de bonne foi : d'où suit qu'il faut dire que, par le droit de Justinien, les intérêts de la dot sont dus depuis la demeure.

Mais il n'entre dans cette action que la somme reçue par le mari, et les intérêts de cette somme du jour de la demeure. On ne peut pas réclamer les choses que le mari en aurait acquises; car Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Votre mari n'a point acquis pour vous le fonds de terre qu'il a acquis de la somme que vous lui avez portée en dot, parce qu'un mari n'acquiert pas l'action de la vente pour sa femme. Vous n'avez contre lui que l'action de la dot; c'est pourquoi le président de la province à qui vous vous adresserez, vous fera restituer ce qui vous reste dû de votre dot, si vous en avez reçu une grande partie, et qu'il ne voie pas que vous ayez transigé ».

ARTICLE II.

Du cas dans lequel un mari ou son père ont reçu en dot des choses estimées.

Dans ce cas, les choses données en dot doivent être restituées en mêmes espèces; ou, si le mari ou son père en ont été évincés sans qu'il y eût de leur faute, ils doivent restituer ce qu'ils auraient reçu en compensation.

Ils doivent en outre restituer tout ce qui en a été l'accroissement, ou en est provenu, excepté cependant les fruits perçus durant le mariage. Il y a aussi quelques garanties qui interviennent dans cette action. Il faut enfin examiner comment se fait la restitution d'un usufruit qui a été constitué en dot.

§. I. *De la restitution des espèces non-estimées qui ont été données en dot.*

XXVII. Les espèces qu'une femme, ou tout autre en son nom, a données en dot sans estimation, doivent lui être rendues en nature après la dissolution du mariage.

Ce qui a lieu non-seulement si c'est sa propre chose, mais encore si c'est une chose étrangère qu'elle a donnée en dot, même sciemment, et la chose doit lui être rendue, comme si c'eût été la sienne, avec les fruits depuis le jour du divorce ».

Mais les choses doivent être restituées dans l'état où elles se trouvent, pourvu qu'elles existent encore, et qu'il soit encore au pouvoir du mari de les rendre.

Cependant « si les choses dotales ont été détériorées depuis le divorce et qu'il soit en demeure de les restituer, il sera tenu de toute cette détérioration (1) ».

Il en est pareillement tenu si c'est après la demeure qu'il a cessé

(1) C'est-à-dire, soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas faute de sa part, parce que cette distinction n'a pas lieu après la demeure.

jam fuisset mora purgata. V. G. « semel mora facta, si servum dotalem postea offerente (1) marito, mulier accipere noluerit, et ita is (2) decesserit; non debebit ei pretium ejus maritus, vel heres ejus; ne damnum sentiat, quod postea offerente eo mulier accipere noluit «. *l.* 26. Paul. *lib.* 57. *ad ed.*

XXVIII. Quod si ante moram res deterior facta sit, aut eam vir omnino habere desiit; ita vir tenebitur, si dolo aut culpa ipsius contigit.

Enimvero « in rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accepit: sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet ». *l.* 17. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Similiter Javolenus: « In his rebus, quas præter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum præstare oportere, Servus ait. Ea sententia P. Mucii est. Nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit (quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent) [ait] quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, eas Licinniæ præstari oportere ». *l.* 66. *lib.* 6. *ex poster. Lab.*

Quod de viro dicitur, de socero dictum puta.

Nam « Paulus respondit, in rebus dotalibus etiam patrem mariti dolum et culpam præstare debere ». *l.* 72. §. 1. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Paul. *lib.* 8. *resp.*

Quum autem nimia sævitia culpæ annumeretur, « si maritus sævus in servos dotales fuit, videndum an de hoc possit conveniri? Et, si quidem tantum in servos uxoris sævus fuit, constat eum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam ejus sævitiam hoc judicio coercendam. Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit; attamen sævitia quæ in propriis culpanda est, in alienis coercenda est (3), hoc est in dotalibus ». *l.* 24. §. 5. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

XXIX. Vir quidem tenetur tam de culpa quam de dolo. Interesse tamen ait Paulus an dolus ejus arguatur, an culpa: « Quod

(1) Oblatione purgatur mora.

(2) Servus.

(3) Quare servi dotales hic dicuntur *alieni;* quum supra dixerimus (*lib.* 23. *tit.* 3. *de jur. dot. sect.* 3. *art.* 2.) maritum esse eorum dominum; nimirum tales dicuntur inspecto tempore soluti matrimonii, quo restituendi sunt uxori et desinent esse mariti.

de les avoir, et s'il n'avait pas purgé cette demeure. Par exemple, « si un mari constitué en demeure, a ensuite offert de rendre un esclave dotal (1), que la femme ait refusé de le recevoir, et qu'il soit mort depuis cette offre (2), le mari, ainsi que son héritier, ne seront pas tenus d'en payer le prix, parce qu'ils ne peuvent pas être passibles envers la femme du dommage survenu depuis l'offre qu'elle a refusée ».

XXVIII. Mais si la chose a été détériorée, ou si le mari a cessé de l'avoir avant qu'il fût en demeure de la rendre, il n'en sera tenu qu'autant que la détérioration aurait été l'effet de son dol ou de sa faute.

En effet, « le mari est passible de sa faute comme de son dol, par rapport aux choses dotales, parce qu'il les a reçues dans sa propre cause; il doit même les conserver avec le même soin que ses propriétés personnelles ».

Javolenus dit également : « Suivant Servius, par rapport aux choses données en dot, excepté l'argent comptant, le mari doit être responsable de ses fautes comme de sa mauvaise foi. Telle est l'opinion de Publius-Mucius; car il dit, par rapport à Licinnia, femme de Gracchus, dont les biens dotaux avaient péri par l'effet de la sédition dans laquelle Gracchus avait été tué, qu'ils devaient lui être rendus, parce que cette sédition avait eu lieu par la faute de Gracchus ».

Ce qui a été dit du mari est pareillement applicable au beau-père. Car « Paul a répondu que le père du mari devait aussi répondre de sa faute et de son dol, par rapport aux effets dotaux ».

Mais comme les mauvais traitemens sont réputés des fautes, « si un mari a traité trop sévèrement des esclaves dotaux, il faut voir s'il y a action contre lui à cet égard; et s'il n'a usé de trop de rigueur qu'envers les esclaves de sa femme, il est constant qu'il en supportera le préjudice; mais s'il est naturellement dur, il faut encore dire que s'il a porté la dureté jusqu'à l'excès, on doit donner action pour la réprimer. En effet, bien que sa femme ne puisse pas exiger pour ses esclaves qu'il les traite mieux que les siens, si cependant il les a traités comme il ne convenait pas même qu'il traitât les siens, il doit être repris de son excessive rigueur envers ces esclaves dotaux qui lui étaient étrangers (3) »

XXIX. Un mari est à la vérité tenu de sa faute comme de son dol; mais, suivant Paul, qu'il faut faire quelque différence entre le

(1) L'offre purge la demeure.

(2) L'esclave.

(3) Pourquoi les esclaves dotaux sont-ils appelés étrangers, puisque nous avons vu, au titre qui traite *du droit de la dot*, *sect.* 3, *art.* 2, que le mari en était le maître? On les considère comme tels par rapport au tems où le mariage est dissous, tems auquel ils doivent être rendus à la femme, et cessent d'appartenir au mari.

si dolo malo fecerit quominus restituere possit, damnandum eum quanti mulier in litem juraverit (1); quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat ». *l.* 25. §. 1. *v. quod si.* Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Uno casu vir culpæ nomine non tenetur. Nam « si mora per mulierem fuit quominus dotem reciperet; dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam, maritus præstare debet: ne facto mulieris, in perpetuum agrum ejus colere cogatur. Fructus tamen qui pervenissent ad virum, redduntur ». *l.* 9. Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

§. II. *De restitutione ejus quod vir socerve accepit in vicem rei quam inæstimatam dotis causa acceperat, et quam sine culpa sua habere desiit.*

XXX. Hujusce rei exemplum habes in specie sequenti: « Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque fundus socio (2) fuerit; in dote erit quantitas qua socius marito damnatus fuerit, aut si, omissa licitatione, extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio quæ distracta est (3): sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio secuto, præsenti die, quod in numero est restituatur, sed statuto tempore (4) solvi debeat ». *l.* 78. §. 4. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Tryph. *lib.* 11. *disp.*

Idem observatur quum vir ultro vendit rem dotalem accedente mulieris voluntate, aut aliquid quod hujus rei pars sit. Pretium enim convertitur in dotem loco rei, et hoc judicio venit restituendum.

V. G. « si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores, quæ fructus non essent (5), sive superficiem ædificii dotalis, voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti, sunt dotis ». *l.* 3*d. ff. d. t. jur. dot.* Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

---

(1) Culpæ autem nomine tenetur duntaxat quanti res est. Nam propter culpam non juratur in litem: ut videb. supra, *lib.* 12. *tit.* 3. *de in lit. jurand. n.* 3.

(2) Hoc casu, partem fundi sibi in dotem datam, citra culpam habere desiit maritus: non potest igitur hujus esse debitor, soluto matrimonio. Sed quum in vicem ejus pretium acceperit, hujus pretii debitor erit.

(3) Vitiosa constructio. Rectius *pretii portio quo distractus est.*

(4) Annua, bima, trima die: ut vid. supra, *n.* 16.

(5) Vid. infra, *n.* 41, 42 et 43.

cas du dol et celui de la faute. « Que si c'est par dol qu'il s'est mis dans l'impuissance de restituer, il doit être condamné à payer l'estimation que sa femme aura affirmée par serment en justice (1), parce que personne ne peut retenir ce qui nous appartient sans notre consentement ».

Il y a un cas où le mari n'est pas tenu de sa faute; car « si c'est par la demeure de la femme que le mari a été empêché de lui restituer sa dot, celui-ci n'est pas garant de sa faute, mais seulement de sa mauvaise foi, parce qu'autrement il serait obligé de cultiver continuellement les terres de sa femme. Si cependant, il en a recueilli les fruits, il doit les lui restituer ».

§. II. *De la restitution de la chose que le mari ou le beau-père ont reçue au lieu et à la place de celle qui leur avait été donnée en dot sans estimation, et qu'ils ont cessé de posséder sans qu'il y eût de leur faute.*

XXX. On en voit un exemple dans l'espèce suivante: « Si un fonds commun a été donné en dot; que le copropriétaire ait intenté l'action en division contre le mari, et que le fonds de terre ait été adjugé au premier (2), la dot se composera de la somme que le copropriétaire aura dû payer au mari; ou si, au lieu de faire cette licitation, le fonds de terre a été adjugé à un étranger, elle se composera de la moitié du prix de la vente (3); mais de manière qu'elle ne contienne pas de corps réels, et que le divorce ayant eu lieu, elle ne doive pas être restituée sur-le-champ, mais rendue dans le tems fixé (4) ».

Ce qui s'observe ainsi lorsque le mari, du consentement de sa femme, a volontairement vendu la chose donnée en dot, ou ce qui en faisait partie. La dot ne se compose plus que du prix de la vente, qu'il doit restituer sur l'action de la dot.

Par exemple, « s'il a vendu des pierres tirées d'une carrière du fonds dotal, ou des arbres qui ne fussent pas compris dans les fruits (5), ou enfin la superficie que couvre un édifice, du consentement de sa femme, la somme provenue de cette vente entre dans la dot ».

---

(1) Mais il n'est tenu, en raison de sa faute, que d'un dédommagement; car le serment en justice n'a pas lieu pour la faute, comme on l'a vu *liv.* 12, au titre qui traite *du serment en justice*, *n.* 3.

(2) Dans ce cas, le mari a cessé de posséder la portion du fonds de terre qui lui avait été donnée en dot, sans qu'il y ait de sa faute. Il ne peut donc pas en être débiteur après la dissolution du mariage; mais il doit rendre le prix qu'il en a reçu.

(3) Cette construction est vicieuse. Il faut lire *pretii portio quo distractus est.*

(4) Dans un, deux ou trois ans, comme on l'a vu *n.* 16.

(5) Voy. ci-après *n.* 41, 42 et 43.

§. III. *De restitutione accessionum et omnis causæ quæ ab ipsis rebus dotis causa citra æstimationem datis profecta est.*

XXXI. Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est ». *l.* 10. §. 1. *ff. d. t. de jur. dot.* Ulp. *lib.* 34. *ad. Sab.*

Si igitur proprietati nudæ ususfructus accesserit, plena proprietas hoc judicio restituenda erit. Et quidem, ut observat Paulus, « si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos; quemadmodum si quid alluvione accessisset ». *l.* 4. *ff. d. t.*

XXXII. Neque solum id quod rei dotali accessit, sed et quod ab ea re separatum est, aut ex ea re superest, venit hoc judicio restituendum. Hinc Alfenus : « Vir in fundo dotali, uxoris rogatu, olivetum succiderat, ad hoc, ut novellum reponeret. Postea vir mortuus erat, et uxori dotem relegaverat. Ligna quæ ex oliveto excisa essent, oportere mulieri reddi respondit ». *l.* 8. *ff.* 23. 5. *de fundo dotal. lib.* 3. *dig. a Paulo epitomat.*

XXXIII. Venit etiam in hoc judicio restituenda causa rerum dotalium, quæ ex his rebus aut circa eas res nata est.

Et hoc maxime, si ante nuptias. Nam V. G. « si servo in dotem ante nuptias dato donatum aliquid vel legatum ante nuptias fuisset, ampliatur dos; sicut ex fructibus fundi qui ante nuptias traditus est ». *l.* 47. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Julian. *lib.* 18. *dig.*

Sed et ea causa quæ constante matrimonio nata est, venit hoc judicio restituenda. Hinc V. G. constante matrimonio, « si legato aut hereditate aliquid servo dotali obvenit, quod testator noluit(1) ad maritum pertinere, id soluto matrimonio reddendum est mulieri ». *l.* 65. *d. tit.* Pompon. *lib.* 5. *ad* Q. Mucium.

Hinc indistincte ait Ulpianus : « Si servi sobolem ediderunt, mariti lucrum non est ». *l.* 10. §. 2. *d. tit. lib.* 34. *ad Sab.*

Enimvero, « partum dotalium ancillarum, dotis esse portionem convenit. Ideoque frustra pascisci virum, ut inter uxorem et se partus communis sit ». *l.* 69. §. 9. *ff. d. t.* Papin. *lib.* 4. *resp.*

Et generaliter, quidquid propter rem dotalem ad virum pervenit (exceptis tamen, ut infra dicemus, rerum dotalium fructibus), id judicio *dotis* restituere debet.

Hinc in specie in qua fundus mulieri et alteri socio communis in dotem datus est, et socius egit cum marito *communi dividundo*

(1) Id est, nisi testator specialiter significaverit se contemplatione mariti relinquere.

§. III. *De la restitution des accroissemens, des produits, et de tout ce qui est provenu de la chose donnée en dot sans estimation.*

XXXI. « Si les fonds dotaux non-estimés ont reçu quelque accroissement, il entrera dans la dot de la femme; et si, au contraire, il en périt une partie, elle en supportera la perte ».

Si donc l'usufruit a été réuni à la nue propriété, la pleine propriété lui sera rendue sur l'action de la dot; et même, comme l'observe Paul, « si l'usufruit s'est joint à la nue propriété donnée en dot, il formera une augmentation de dot, et non une nouvelle dot, comme s'il était survenu par alluvion quelque accroissement à un terrain ».

XXXII. Non-seulement un accroissement de fonds dotal, mais encore ce qui en aurait été séparé, ou ce qui en serait resté, doit être restitué sur l'action de la dot. C'est pourquoi Alfenus dit: « Un mari avait, à la sollicitation de sa femme, détruit une plantation d'oliviers dans le fonds dotal, pour y en substituer une nouvelle. Il était ensuite décédé, et avait légué à sa femme la dot qu'il lui devait. On a répondu qu'il fallait rendre à sa femme les oliviers détruits ».

XXXIII. Cette action comprend aussi la restitution des produits de ce qui est accessoire ou produit de la chose donnée en dot.

Et surtout des produits antérieurs au mariage; car, par exemple, « s'il a été fait avant le mariage une donation ou un legs à un esclave donné en dot avant le mariage, la dot en est augmentée d'autant, comme elle le serait des fruits perçus du fonds livré avant le mariage ».

Le mari doit même restituer ce qui est provenu à l'occasion de la chose dotale durant le mariage. C'est pourquoi, par exemple, « s'il est obvenu (durant le mariage) à un esclave dotal, un legs ou une institution d'héritier, et que le testateur n'ait pas expressément voulu qu'ils appartinssent au mari (1), ils doivent être rendus à la femme après la dissolution du mariage ».

C'est pourquoi Ulpien dit indistinctement: « Si les esclaves dotaux ont eu des enfans, le mari n'en profitera pas ».

En effet, « il est convenu que les enfans des esclaves dotaux font partie de la dot, et par conséquent le mari et la femme ne peuvent pas les rendre communs entre eux ».

Et en général, tout ce qui est parvenu au mari à cause de la chose donnée en dot, à l'exception toutefois des fruits de la chose, comme on va le voir, doit être restitué à la femme sur l'action de la dot.

C'est pourquoi, dans l'espèce où il a été donné en dot un fonds de terre commun à la femme et à un tiers, si ce tiers intente l'action

(1) C'est-à-dire, à moins que le testateur n'ait spécialement déclaré qu'il les avait faits en considération du mari.

(*supra n.* 29.), ita subdit Tryphoninus : « Quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem, dotalis manebit : divortio autem facto, sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit etiam altera portio ; scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio. Nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans, aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda. Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit quæ data fuit in dotem, sed etiam altera portio, videamus ? Julianus de parte tantum dotali loquitur. Et ego dixi in auditorio, illam solam dotalem esse ». *l.* 78. §. 4. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. quod si marito.* Tryphon. *lib.* 11. *disput.*

XXXIV. Regula quam statuimus, quidquid ex re aut propter rem dotalem vir consecutus est, hoc judicio dotis restituendum venire, exceptionem patitur in fructibus constante matrimonio perceptis ; de quibus infra §. seq.

Observandum autem ea omnia quæ modo diximus soluto matrimonio restituenda esse tanquam accessoria rerum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt, eodem jure censeri, ac si principaliter essent in dotem data ; scilicet quoad illorum fructus, et quoad diligentiam circa illa præstandam.

Hinc Pomponius : « In partem dotis reddendæ erit id quod mulieri ex peculio servi restitui debebit. Et ideo dolum et culpam in eo peculio vel acquirendo vel conservando maritus præstare debet. Et fructus ex eo percepti, quomodo cujuslibet rei dotalis, ad maritum pertinebunt ». *l. fin.* Pomp. *lib.* 20. *epist.*

§. IV. *De fructibus rerum quæ inæstimatæ in dotem datæ sunt.*

Quæstio prima. *An et quomodo fructus rerum dotalium in restitutionem veniant ?*

XXXV. Interest quo tempore fructus rerum dotalium percepti sint.

Enimvero, « si fructus constante matrimonio percepti sint, dotis non erunt ».

Si vero ante nuptias percepti fuerint, in dotem convertentur ; nisi forte aliquid inter maritum futurum, et destinatam uxorem convenit : tunc enim quasi donatione facta (1) fructus non reddantur ». *l.* 7. §. 1. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulp. *lib. ad Sab.*

XXXVI. Quum fructus constante matrimonio percepti, dotis non sint, sequitur quod nec soluto matrimonio restituuntur. Scilicet « dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit. Quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere ». *d. l.* 7.

(1) Quæ licita est, quum fiat ante matrimonium.

en division contre le mari (ci-dessus, *n.* 29.), Tryphoninus ajoute « qu'alors si le fonds de terre a été adjugé au mari, la partie donnée en dot restera dotale, et, après le divorce, sera rendue à la femme, ainsi que l'autre, au moyen de ce qu'elle rendra elle même à son mari la somme qu'il a dû payer au copropriétaire. Le juge n'écoutera pas celui des deux qui se refuserait à cette mesure d'équité, c'est-à-dire, le mari qui se soustraierait à l'obligation de restituer, et la femme qui refuserait de prendre et payer la portion acquise. Mais on demande si, durant le mariage, les deux portions sont dotales, ou seulement celle qui a été donnée en dot. Julien ne parle que de celle-ci, et moi j'ai dit devant le tribunal que c'était la seule qui fût dotale ».

XXXIV. La règle que nous avons établie, que tout ce qui est parvenu au mari de la chose, ou par la chose dotale, entre dans la restitution, souffre exception par rapport aux fruits perçus durant le mariage, comme on le verra dans le paragraphe suivant.

Mais il faut observer que tout ce que nous avons dit devoir être restitué après la dissolution du mariage, comme accessoire des choses données en dot sans estimation, doit l'être comme s'il eût été l'objet principal de la dot par rapport aux fruits qui en ont été perçus, et par rapport au soin que le mari doit apporter à la conservation de ces mêmes accessoires.

C'est pourquoi Pomponius dit: « Ce qui doit être restitué à la femme, du pécule de son esclave, fait partie de sa dot; d'où suit que le mari est garant de son dol et de sa faute, en ce qui concerne le recouvrement et la conservation de ce pécule. Mais les fruits que le mari en aura perçus lui appartiendront comme ceux de tout autre chose dotale ».

§. IV. *Des fruits des choses données en dot sans estimation.*

Première question. *Si et comment les fruits des choses dotales entrent dans la restitution de la dot?*

XXXV. Il faut savoir en quel tems les fruits des choses dotales ont été perçus.

En effet, « les fruits perçus durant le mariage n'entrent pas dans la dot.

« Mais ceux qui ont été perçus avant le mariage font partie de la dot, sauf convention contraire entre le mari et la femme, auquel cas celle-ci en ayant fait donation (1), ne peut pas les répéter ».

XXXVI. De ce que les fruits perçus durant le mariage ne font pas partie de la dot, il s'ensuit qu'ils ne doivent pas être restitués après la dissolution du mariage. C'est-à-dire que « l'équité veut qu'ils appartiennent au mari, parce que devant supporter les charges du mariage, il est juste qu'il perçoive les fruits de la dot ».

(1) Laquelle est permise, comme étant faite avant le mariage.

Consonat quod rescribunt Dioclet. et Maxim.: « Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum locupletior facta est, posse agere (1) manifestissimi juris est ». *l.* 20. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

Quomodo autem fructus qui ad maritum pertinent intelligi debeant, disce ex eo quod de fœtibus docet Ulpianus: « Sed fœtus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur: sic tamen ut suppleri proprietatem prius oporteat; et, summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis, residuum in fructum maritus habeat; quia fructus dotis ad eum pertinent ». *l.* 10. §. 3. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 34. *ad Sabin.*

XXXVII. Quum fructus rerum dotalium, constante matrimonio percepti, pro oneribus matrimonii marito tribuantur; hinc sequitur dotis fructus et usuras ita demum ad maritum pertinere debere, si onera matrimonii sustinuit.

Hac ratione nititur distinctio Scævolæ in specie sequenti: « Si inter maritum et socerum (2) id actum esset, vel tacito intellectu, ut onus exhibendæ uxoris ad maritum rediret, præstante patre dotis usuras, nullam actionem superfore ad recipiendum quod negetur consumptum (3). Quod si pater puellæ exhibitionem mandasse se doceat, actionem mandati competere (4) ». *l.* 60. §. 3. *ff.* 17. 1. *madat.* Scæv. *lib.* 1. resp.

XXXVIII. Denique, quum fructus rerum dotalium pro oneribus matrimonii marito tribuantur, hinc fructus extremi anni lucratur pro rata temporis quo hoc anno stetit matrimonium.

At « de divisione anni ejus, quo divortium factum est, quæritur an ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus? Et utique in fructibus a viro retinendis, neque dies dotis constitutæ, neque nuptiarum observabitur; sed quo

---

(1) *Condictione ex injusta causa;* quum eatenus donatio sit illicita.

(2) Patrem mulieris.

(3) Id est, etsi non omnem quantitatem usurarum in onera matrimonii impenderit, non tamen superfluum socer repetere poterit Nam, quum vir suo nomine onera matrimonii sustineret, fructus, adeoque usuræ dotis quæ vice fructuum sunt, ad ipsum pertinent.

(4) Scilicet ad repetendum superfluum quod vir ex usuris perceperat. Quum enim vir non suo nomine, sed ut procurator soceri sui onera matrimonii sustineret: ad ipsum usuræ dotis, quæ vice fructuum sunt, non pertinent.

A quoi est conforme ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit. « Il est de toute justice que le mari s'approprie tous les fruits qu'il a perçus de la dot pour les charges du mariage; et que si par donation il a permis à sa femme de les recevoir, il ait action contre elle (1), en raison de ce qu'elle en est devenue plus riche ».

Mais comment les fruits à lui appartenans sont-ils censés lui appartenir? C'est ce que nous apprend Ulpien, par rapport au croît des troupeaux. « Si le croît des troupeaux appartient au mari, parce que ce croît est mis au nombre des fruits; c'est cependant en ce sens que le troupeau est d'abord réputé propriété; que les animaux qui sont morts doivent être remplacés par ceux qui en sont nés, et que l'excédant de ceux-ci appartient seul au mari, comme fruit de la dot ».

XXXVII. Les fruits des choses dotales perçus durant le mariage, appartenant au mari pour les charges du mariage, il s'ensuit que les fruits et intérêts de la dot ne lui appartiennent qu'autant qu'il a supporté les charges du mariage.

C'est sur cette raison qu'est fondée la distinction de Scævola, dans l'espèce suivante : « S'il a été convenu explicitement ou tacitement entre le mari et le beau-père (2), que celui-ci payant les intérêts de la dot, celui-là serait chargé de l'entretien de sa femme, le père de cette même femme n'aura aucune action pour la portion des intérêts qu'il prétendrait n'avoir pas été dépensée (3); mais s'il alléguait n'avoir fait que donner mandat pour l'entretien de sa fille, il aurait l'action du mandat (4) ».

XXXVIII. Enfin les fruits des choses dotales appartenant au mari pour les charges du mariage, il s'ensuit encore qu'il gagne ceux de la dernière année, au prorata du tems que le mariage a subsisté dans cette année.

Mais « on demande, par rapport à la division de cette année, dans laquelle le divorce a eu lieu, si le mari doit compter du jour du mariage; ou du jour où le fonds dotal lui a été livré; et il est certain que, par rapport au compte des fruits qu'il peut retenir, on ne doit considérer ni le jour de la constitution de la dot, ni celui

(1) L'action d'une cause injuste, la donation étant illicite.

(2) Le père et la femme.

(3) C'est-à-dire, quoiqu'il n'ait pas dépensé la totalité des intérêts pour les charges du mariage, le beau-père ne peut cependant pas répéter ce qui en reste, parce que le mari ayant supporté les charges du mariage, les fruits, et par conséquent les intérêts de la dot qui en sont réputés des fruits, lui appartiennent.

(4) C'est-à-dire, pour répéter le superflu des intérêts que le mari avait perçus, parce que le mari n'ayant pas supporté en son nom les charges du mariage, les intérêts de la dot qui en sont réputés des fruits, ne lui appartiennent pas.

primum dotale prædium constitutum est, id est, tradita possessione (1) ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 30. *ad Sab.*

Tamen, « si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eumdem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in cæteris annis servatur, donec divortium fiat. Nam si ante nuptias traditus sit, et fructus inde percepti; hi restituendi sunt quandoque divortio facto, quasi dotis facti ». *l.* 6. Paul. *lib.* 7. *ad Sabin.*

Jam quæritur quomodo hæc contributio fiat, et quinam fructus in contributionem veniant? « Papinianus autem, libro 11 Quæstionum, divortio facto, fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiæ tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex kalendis novembribus primis fruendum locaverit; mensis januarii suprema die, facto divortio, retinere virum et vindemiæ fructus, et ejus anni quo divortium factum est, quartam partem mercedis æquum est. Alioquin, si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si in fine mensis januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

« E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex kalendis martiis eumdem locaverit, et kalendis aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale prædium fuit (2), ex mercede quæ debebitur portionem retinebit ». *d. l.* 7. §. 2.

« Item, si messes ejus anni quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur; ante vindemiam, soluto matrimonio, nihilominus pecunia messium (3) in computationem cum spe futuræ vindemiæ veniet ». *d. l.* 7. §. 3.

« Apparet igitur ex his, illos fructus quos mulier percepit antequam nuberet, non debere in contributionem venire ». *d. l.* 7. §. 4.

XXXIX. Hæc autem quæ dicimus, obtinent in cujuscumque rei fructibus. Nam « non solum de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus; ut lana ovium, fœtusque pecorum præstaretur. Quare enim si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsuræ; partum et tonsas oves protinus divortio facto,

(1) Id est, ex quo constante matrimonio, traditus est.

(2) Scilicet ex quo constante matrimonio, traditum est.

(3) Id est, pensio pro messibus debita.

du mariage, mais seulement le jour où il a été mis en possession des fonds dotaux (1) ».

Cependant, « s'il avait été mis en possession des fonds dotaux avant le mariage, il faudrait compter du jour du mariage à pareil jour de l'année suivante, et ainsi de suite pour les années subséquentes jusqu'au jour de divorce; parce que si les fonds dotaux ont été livrés et ont produit des fruits avant le mariage, ces fruits doivent être restitués après le divorce, comme faisant partie de la dot ».

On demande encore comment se fait cette contribution, et quels fruits doivent y entrer. « Mais Papinien dit que le divorce ayant eu lieu, les fruits doivent être partagés, non à compter du jour de la location, mais eu égard au tems pendant lequel le mariage a précédemment subsisté, parce que si le fonds de terre a été donné au tems de la vendange, et que le mari l'ait loué aux premières calendes de novembre, le divorce ayant eu lieu au mois de janvier, et le dernier jour, il n'est pas juste que le mari retienne les fruits de la vendange, et le quart du loyer de l'année où le divorce a eu lieu. Si le divorce avait eu lieu le lendemain des vendanges, il retiendrait tous les fruits. C'est pourquoi si le divorce a eu lieu à la fin du mois de janvier, et que le mariage ait subsisté quatre mois, les fruits de la vendange et le quart du loyer de l'année courante, seront confondus de manière que le mari retienne la troisième partie du loyer ».

« La même chose s'observe encore dans le cas contraire; car si la femme a donné le fonds de terre en dot à son mari après avoir perçu les fruits de la vendange, que son mari l'ait loué, à compter des calendes de mars, et que le divorce ait été fait aux premières calendes d'avril, il retiendra, non-seulement la douzième partie du loyer, mais encore celui de tous les mois écoulés depuis que le fonds de terre est devenu dotal (2) ».

« Et si la moisson de l'année du divorce appartenait au fermier d'après l'acte de bail, le mariage ayant été dissous avant la vendange, on n'en comptera pas moins le prix de la récolte (3) et la vendange suivante ».

« On voit donc, par ce qui vient d'être dit, que les fruits perçus par la femme avant son mariage, n'entrent pas dans la contribution ».

XXXIX. Ce que nous disons a pareillement lieu pour les fruits de tout autre chose donnée en dot. Car « nous dirons la même chose, non-seulement d'un fonds de terre, mais encore d'un troupeau; de manière qu'on doit rendre la laine et les agneaux des brebis. Pourquoi, en effet, un mari qui aurait reçu en dot des

(1) C'est-à-dire, du jour de la possession durant le mariage.

(2) C'est-à-dire, depuis qu'il a été livré durant le mariage.

(3) C'est-à-dire, le loyer dû à raison des fruits récoltés par le fermier.

nihil reddat? Nam et hic fructuum, toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus ». *d. l.* 7. §. 9.

« In servo quoque anni ratio habetur, si in annum forte operæ ejus locatæ sunt; ut præteriti temporis ad maritum, post divortium autem ad mulierem, operæ pertineant ». *d. l.* 7. §. 10.

« De pensionibus quoque prædiorum urbanorum idem est quod in fructibus rusticorum ». *d. l.* 7. §. 11.

XL. Item « quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus; si bis in anno fructus capientur, ut est in locis irriguis ». *d. l.* 7. §. 6.

« Et in pluribus annis idem dici potest, ut in sylva cædua ». *d. l.* 7. §. 7.

« Item si locatio agri talis sit, ut super annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius præstaretur. In eo enim quod amplius est, tempus ad quinquennium computamus ». *d. l.* 7. §. 8.

XLI. Antequam autem fructus ita inter virum et uxorem dividantur, impensæ in eos fructus factæ præcipi debent ab eo conjuge qui has fecit.

Enimvero, « fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt : quod Scævola et ad mariti et ad mulieris impensas refert. Num si mulier pridie vindemias dotis dedit, mox sublatis a marito vindemiis divortit; non putat ei undecim duntaxat mensium fructus restitui, sed et impensas quæ antequam portiones fructuum fiant, deducendæ sunt. Igitur si et maritus aliquid impendit in eumdem annum, utriusque impensæ concurrent : ita et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur quum plurimis annis in matrimonio fuit, necesse est (1) primi anni computari temporis quod sit ante datum prædium ». *d. l.* 7.

« Impendi autem fructuum percipiendorum causa Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est; quodque in tutelam ædificiorum, ægrumve servum curandum : scilicet si ex ædificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæ impensæ non petentur, quum maritus fructum totum anni retinet : quia ex fructibus, prius impensis satisfaciendum est ».

« Plane si novam villam necessario extruxit, vel veterem totam

(1) *Necesse est* computari impensas quas mulier ante datum in dotem prædium fecerat in fructus primi anni. Præcipiet autem mulier eas impensas ex fructibus supremi anni, qui sunt vice fructuum primi anni quos maritus consumpsit. Ita glossa.

brebis prêtes à mettre bas ou à être tondues, ne rendrait-il pas la laine et les agneaux ? car on doit avoir égard, dans ce cas, au tems pendant lequel on a pris soin de la récolte, et non au tems où on a récolté les fruits ».

« On a également égard, par rapport à un esclave dont les travaux ont été loués pour un an, à la portion de cette année qui appartient au mari, et à celle qui doit suivre le divorce, laquelle appartient à la femme »,

« Il en est des loyers des maisons de ville comme des fruits des biens ruraux ».

XL. Et « ce qui est dit d'une année peut se dire de six mois, s'il y a deux récoltes dans l'année, comme il arrive dans les terrains arrosés ».

« On peut encore dire la même chose de plusieurs années, comme par rapport à des bois taillis ».

« Et ce principe est encore applicable au cas où la location d'un champ est faite de manière que le fermier doive payer à la fin de son bail une somme quelconque, outre son loyer annuel ; car dans ce cas on compte aussi ce qu'il doit payer de plus que ce loyer annuel pendant ses cinq ans de jouissance ».

XLI. Mais avant que les fruits soient ainsi partagés entre le mari et la femme, il faut en prélever les frais de culture au profit de celui qui les a faits,

En effet, « on ne compte comme fruits perçus que ce qui reste, déduction faite des dépenses; ce qui, suivant Scævola, s'applique à celles du mari ou de la femme. Car si une femme a donné un fonds de terre en dot à la veille des vendanges, et qu'elle provoque le divorce lorsque son mari vient de les achever, ce jurisconsulte ne pense pas qu'il doive lui restituer seulement les fruits de onze mois, mais qu'il doit déduire, avant tout partage, les dépenses qu'elle a dû faire. Si donc le mari en a fait lui-même dans la même année, il devra les prélever également. Il en est de même de la femme qui en aurait fait pendant un mariage de plusieurs années; il faut lui compter ceux qu'elle aurait pu faire la première année avant de donner ses fonds de terre en dot (1) ».

« Pomponius dit qu'on a dépensé pour les fruits ce qu'on a dépensé pour labourer et ensemencer les champs, pour entretenir les maisons, et pour faire guérir les esclaves dont on devait recueillir des fruits; mais que le mari qui a recueilli tous les fruits des uns et des autres, ne peut pas prélever ces dépenses, parce que les fruits ont dû les payer ».

« Mais que s'il a dû bâtir une nouvelle métairie, ou rebâtir une

(1) Il faut compter à la femme, sur les fruits de la première année, les dépenses qu'elle aurait faites avant de donner ses fonds de terre en dot; mais elle les prélevera sur ceux de la dernière, qui représentent ceux de la première que le mari a consommés. Ainsi le dit la glose.

sine culpa sua collapsam restituerit, erit ejus impensæ petitio : simili modo, et si pastina instituit. Hæ enim impensæ aut in res necessarias, aut in utiles cedunt, pariuntque marito actionem (1)». *d. l.* 7. §. 16.

Circa has fructuum impensas nota : « Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemia deducetur; quia totius anni unus fructus est ». *l.* 8. §. 1. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

XLII. Ex his quæ diximus sequitur quod « interdum marito de fructibus a muliere cavetur; et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. Interdum retinebit tantum maritus, et nihil restituet; id est, si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet ».

« Interdum vero et reddet; si plus percepit quam eum retinere oportet. Eadem conditio erit etiam, si cum socero vel cum herede alterutrius de dote agatur ». *d. l.* 7. §. 15.

XLIII. Quemadmodum autem pro oneribus matrimonii vir retinet fructus rerum dotalium, pro rata temporis quo stetit matrimonium; ita in specie sequenti, etiam post divortium, eos ad maritum pertinere putabat Labeo pro rata temporis quo mulier in mora fuisset. In quo a Javoleno reprehenditur. Nimirum finge mulierem, quæ fundum communem cum viro habebat, eum ipsi in dotem dedisse hac lege ut mulier, soluto matrimonio, totum fundum reciperet, reddito prius pretio portionis quam vir in eo habebat. Eo casu, « si per mulierem mora fieret quominus, æstimationem partis fundi viro solveret et fundum reciperet, quum hoc pactum erat; fructus interim perceptos ad virum pertinere ait Labeo. Sed Javolenus : Puto potius pro portione fructus virum habiturum, reliquos mulieri restituturum : quo jure utimur ». *l. fin.* §. 1. *ff.* 23. 5. *de fund. dot.* Javolenus, *lib.* 6. *ex poster. Lab.*

Quæstio secunda. — *Quæ res in fructu rerum dotalium computentur?*

Vidimus quid obtineat circa fructus rerum dotalium. De quibusdam autem rebus hac in re dubitatur an in fructu sint.

XLIV. Et 1°. quæritur de arboribus.

Hac de re ita Ulpianus : « Si fundum viro uxor in dotem dederit, isque inde arbores deciderit; si hæ fructus intelliguntur, pro portione anni debent restitui. Puto autem, si arbores cæduæ

(1) Vid. tit. *de impens. in res dotal.* lib. seq.

maison qui, étant vieille, a tombé en ruines sans qu'il y eût de sa faute, il en répétera la dépense. Il en sera de même s'il a fait un défrichement, parce que ces défrichemens étant nécessaires ou utiles, donnent action au mari pour les répéter (1) ».

Remarque sur ces impenses faites à cause des fruits : « ce qui a été dépensé en semence, sera repris sur la vendange, si la récolte a manqué, parce que l'une et l'autre composent les fruits de l'année ».

XLII. Il suit de ce que nous avons dit, que « quelquefois la femme stipule avec son mari par rapport aux fruits, qu'il n'en retiendra rien dans le cas où elle reprendrait son fonds de terre les fruits pendans; quelquefois, qu'il les retiendra seulement sans restitution, c'est-à-dire, s'ils ne valent pas plus qu'il n'a droit d'en retenir ».

« Mais quelquefois aussi, qu'il restituera ce qu'ils auront produit de plus qu'il ne doit retenir. Il en sera de même dans le cas où la restitution serait poursuivie contre le beau-père, ou contre l'héritier du beau-père ou du mari ».

XLIII. Mais comme le mari retient les fruits des choses dotales pour les charges du mariage, au prorata du tems qu'a subsisté le mariage, de même, après le divorce, suivant Labéon, il les retient aussi au prorata du tems que la femme a été en demeure de les répéter; en quoi Labéon est repris par Javolenus. Supposons en effet une femme qui avait un fonds de terre commun avec son mari, et qui le lui a apporté en dot, sous la condition qu'après la dissolution de leur mariage, elle le retiendrait en entier, toutefois, en payant la valeur de la moitié appartenant à son mari. Dans ce cas, « si la femme était en demeure de payer la moitié du fonds de terre appartenant à son mari, et de jouir du fonds de terre en entier, suivant la convention, Labéon pense que les fruits en appartiendraient au mari pendant la demeure. Javolenus dit, au contraire : Je pense que le mari retiendrait les fruits de sa portion, et devrait restituer le surplus à sa femme; et tel est le droit que nous suivons ».

Seconde question. — *Quelles choses sont réputées fruits des choses données en dot.*

Nous avons vu ce qui avait lieu à l'égard des fruits des effets dotaux; mais il y a des choses qu'on hésite à regarder comme des fruits à cet égard.

XLIV. Et, 1°. cette question a lieu pour les arbres.

Ulpien dit sur cette matière : « Si une femme a donné un fonds de terre en dot à son mari, et qu'il en ait abattu les arbres, ces arbres étant censés des fruits, devraient être restitués en raison d

(1) Voy. le titre qui traite *des dépenses faites pour la conserva-* *ts dotaux, liv. suiv.*

fuerunt, vel cremiales (1), dici oportet in fructum cedere; si minus, quasi deteriorem fundum fecerit maritus, tenebitur. Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere; non magis quam si thesaurus fuerit inventus. In fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur (2) quasi in alieno inventi ». *d. l.* 7. §. 12.

XLV. 2°. Similis dubitatio esse potest circa lapides qui in fundo dotali cæduntur.

De his idem Ulpianus : « Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, et fundum fructuosiorem fecerit, marmor quod cæsum neque exportatum, est mariti (3), et impensa non est ei præstanda; quia nec in fructu est marmor : nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur; quales sunt in Gallia, sunt et in Asia ». *d. l.* 7. §. 13.

De lapidicinis in fundo dotali institutis, ita etiam Javolenus : « Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat. Divortio facto quæritur, marmor quod cæsum neque exportatum esset, cujus esset? Et impensam in lapidicinas factam, mulier an vir præstare deberet? Labeo, marmor viri esse ait (4). Cæterum viro negat quicquam præstandum esse a muliere, quia nec necessaria ea impensa esset, et fundus deterior esset factus. Ego non tantum

(1) Ita Haloander recte legit a cremando (*bois de chauffage*). Vulgo, *gremiales*.

(2) Alteram dimidiam jure inventionis retinebit.

(3) Valde placet emendatio Ant. Fabri qui *lib.* 1. *conject.* 8. legit : *non est mariti, et impensa est ei præstanda.* Hæc lectio congruit cum his quæ præcedunt et sequuntur. Ideo enim marmor non est mariti *quia* (ut statim subjicitur) *nec in fructu est marmor;* vir autem ex eo quod ex re dotali profectum est, nil præter fructus retinere potest. Ideo autem impensa ei restituenda, quia (ut supra modo dictum est) vir in aperienda hac marmoris fodina, *fundum fructuosiorem fecit.* Marmor quod inde extrahitur, plus emolumenti affert, quam si ea pars fundi in sua agri natura relicta esset; debet igitur mulier restituere impensam, quum in rem ejus versa sit. Duirsema censet lectionem retinendam, putatque marmor tanquam fructum semper viro acquiri sive renascatur, sive non; impensam autem non esse ei a muliere præstandam, *quia nec in fructu est marmor*, id est (ut putat), quia non pergit esse in fructu, quia quum illud vir fere exharserit, nullum inde fructum post divortium mulier latura est; refundere autem impensas mulier deberet si plurimum marmor superesset extrahendum.

(4) In superiori lege, marmor juxta emendationem Antonii Fabri quam sequendam putamus, non est mariti; quia non erat ea lapidicina in qua lapis renascitur. In hac autem lege 18, marmor est mariti; quia agitur de lapidicina in qua marmor renascitur, adeoque est in fructu.

la portion de l'année qu'a subsisté le mariage. Je pense aussi que si c'étaient des bois taillis ou de chauffage (1), il faudrait dire que ce sont des fruits, ou dire que le mari a détérioré le fonds de terre, et est passible de cette détérioration. Que si ces arbres ont été abattus par la tempête, il faut dire que la valeur en doit être restituée à la femme, et qu'ils ne font pas plus partie des fruits qu'un trésor qui aurait éte trouvé dans le même champ, et qui ne serait pas réputé un fruit, mais dont la moitié serait restituée (2), s'il eût été trouvé dans un champ étranger ».

XLV. 2°. On peut avoir le même doute à l'égard des pierres extraites du fonds dotal.

« Ulpien dit : « Si un mari a trouvé une carrière de marbre dans le fonds de terre donné en dot par sa femme, et que cette découverte l'ait rendu plus productif, les marbres extraits et non emportés appartiennent au mari (3), et ses dépenses ne doivent pas lui être remboursées, parce que le marbre n'est pas un fruit, à moins que la carrière ne se reproduise, comme il y en a en Gaule et en Asie ».

Javolenus dit également, sur les carrières ouvertes dans un fonds dotal. « Un mari avait ouvert des carrières de marbre dans le fonds dotal de sa femme. On demanda, après leur divorce, à qui appartenait le marbre extrait en non-enlevé, et si la femme devait rendre à son mari ce qu'il avait dépensé pour l'exploitation de ces carrières. Labéon dit que le marbre appartenait au mari (4), et que la femme ne devait rien lui rembourser, parce que ces im-

(1) Ainsi lit avec raison Haloandre, de *cremare*, (bois de chauffage.) On lit vulgairement *gremiales*.

(2) L'autre moitié appartenant de droit à celui qui l'a découvert.

(3) J'adopte volontiers la correction d'Antoine Dufaur, qui, *liv.* 1, *conject.* 8, lit : *non est mariti, et impensæ est ei præstanda.* Cette leçon est d'accord avec ce qui précède et ce qui suit ; car le marbre n'appartient point au mari, parce que, comme il est dit ensuite, ce n'est point un fruit, et que de ce que produit le fonds dotal, le mari ne peut retenir que les fruits : mais ses dépenses doivent lui être remboursées, comme on l'a dit ci-dessus, parce que le fonds dotal est devenu plus productif : et en effet le marbre qu'on en tire, rapporte plus que la portion du fonds ne rapporterait naturellement. La femme doit donc rembourser les impenses qui ont tourné à son profit. Duirsema pense qu'il faut retenir la première leçon, et que le marbre, comme fruit, est acquis au mari, soit qu'il renaisse ou non ; mais que sa femme ne doit pas lui rembourser ses dépenses, parce que le marbre n'est pas un fruit, c'est-à-dire, selon lui, parce qu'il cesse d'être un fruit, puis que dès que le mari l'aura tout extrait, la femme n'en retirera aucun fruit après son divorce ; mais qu'elle devrait lui rembourser ses dépenses, s'il lui restait encore beaucoup de marbre à extraire.

(4) Dans la loi précédente ; le marbre, suivant la correction d'Antoine Dufaur, que nous croyons devoir suivre, n'appartient pas au mari, parce qu'il n'est pas tiré d'une carrière renaissante ; mais dans cette loi, il lui appartient, parce qu'il s'agit d'une carrière renaissante ; d'où suit qu'il est un fruit.

necessarias, sed etiam utiles impensas præstandas a muliere existimo; nec puto fundum deteriorem esse, si tales sunt lapidicinæ, in quibus lapis crescere possit ». *l.* 18. *ff.* 23. 5. *de fund. dot. lib.* 6. *ex poster. Lab.*

Maxime autem intelligitur lapis in fructu esse, si ad hunc usum fundus, quum in dotem constitutus est, jam paratus erat. Unde Paulus : « Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis cæditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat : quia palam sit eo animo dedisse mulierem fundum, ut iste fructus ad maritum pertineat; nisi si contrariam voluntatem in dote danda declaraverit mulier ». *l.* 8. *lib.* 7. *ad Sab.*

XLVI. 3°. « Sed si creti-fodinæ, argenti-fodinæ, vel auri, vel cujus alterius materiæ sint, vel arenæ, utique in fructu habebuntur (1) ». *l.* 7. §. 14. Ulp. *lib.* 31. *ad Sab.*

XLVII. 4°. Vice etiam fructuum sunt usuræ nominis in dotem dati.

Hinc Papinianus : « Mulier pecuniam sibi debitam a Seio cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit. Eas quoque dotis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis (non (2)) est ». *l.* 69. §. 1. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 4. respons.

§. V. *De cautionibus interponendis circa species inæstimatas in dotem datas.*

XLVIII. « Maritum in reddenda dote, de dolo malo et culpa cavere oportet (3) ». *l.* 25. §. 1. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

Interdum etiam viro restituenti cavendum est. Nam V. G. « si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit, Sabinus ait non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit. *Si quid* præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstatum (4) iri. Sed et mulieri cavendum, *quidquid* præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum (5) ». *d. l.* 25. §. 4.

---

(1) Scilicet si ad hoc fundus erat destinatus, quum in dotem datus est.

(2) Hanc negationem addendam recte censet Cujacius, et ratio hoc expostulat. Nam si ut portio dotis reddendæ essent usuræ, quid haberet vir in vicem onerum matrimonii ?

(3) Scilicet nil se fecisse, quo dos minor aut deterior foret.

(4) Cujacius observat hoc intelligendum de casu quo mulier expelleret colonum : neque enim ei stare mulier tenetur. Cavebit igitur mulier se (nisi patiatur colonum reliquo conductionis tempore frui) tantum præstaturam marito, quanti ob eam rem maritus actione *ex conducto* tenebitur quod frui colono non licebit.

(5) Enimvero ad pensiones reliquorum annorum, ipsi marito, qui con-

pènses n'étaient pas nécessaires, et que le fonds en avait été détérioré. Pour moi, j'stime que, non-seulement les dépenses nécessaires, mais encore les dépenses utiles, doivent être remboursées au mari. Je ne pense pas non plus qu'elles aient détérioré le fonds, si les carrières étaient d'ailleurs de nature à se reproduire».

Mais les pierres sont surtout réputées fruits, si les carrières étaient ouvertes et en exploitation avant que le fonds de terre fût donné en dot. C'est pourquoi Paul dit : « Si on a donné en dot un fonds de terre où l'on tirait des pierres, il est constant que le produit des carrières appartient au mari, parce qu'évidemment la femme l'a donné à son mari pour qu'il en retirât cet avantage, à moins qu'elle n'ait stipulé le contraire en constituant sa dot ».

XLVI. 3°. « Mais s'il y a des mines de craie, d'argent, d'or, de tout autre matière, ou de sable, le produit en sera certainement mis au nombre des fruits (1) ».

XLVII. 4°. Les intérêts d'une créance donnée en dot sont aussi des fruits.

C'est pourquoi Papinien dit : « Une femme, en apportant sa dot, y a compris les intérêts à échoir, d'une somme que lui devait Seius, et il n'y a pas de raison pour que ces intérêts, depuis son mariage, entrent dans sa dot (2) ».

§. V. *Des cautions à fournir pour les choses non estimées qui ont été données en dot.*

XLVIII. « Le mari, en rendant la dot, doit fournir caution de sa faute et de son dol (3) ».

Quelquefois aussi on doit donner caution au mari qui rend la dot de sa femme; car, « par exemple, si le mari a loué un fonds de terre pour cinq ans, et que le divorce ait lieu après la première année, suivant Sabinus, le fonds de terre ne doit être rendu à la femme qu'autant qu'elle a donné caution de rembourser à son mari ce qu'il aurait été condamné à payer (4) au-delà de la première année; mais il ajoute que son mari doit aussi lui fournir caution de rendre ce qu'il aurait reçu de plus que les loyers de la première année (5) ».

---

(1) C'est-à-dire, dans le cas où le fonds de terre aurait été destiné à cet usage quand il a été donné en dot.

(2) Cujas pense avec raison qu'il faut ajouter cette négation; car si ces intérêts étaient une portion de la dot, il ne resterait rien au mari pour les charges du mariage.

(3) C'est-à-dire, de n'avoir rien fait qui ait détérioré ou diminué la dot

(4) Cujas observe que cela doit s'entendre du cas où la femme expulserait le fermier auquel rien ne l'obligeait de laisser son fonds de terre. Dans ce cas donc la femme donnera caution de restituer à son mari ce qu'il aura été condamné à payer au fermier expulsé, en vertu de l'action de la location

(5) En effet, le mari qui a contracté, a action contre le fermier pour les

Item, « quum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito qui ædium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat ». *l.* 55. Paul. *lib.* 5. *ad Plaut.*

XLIX. Hæ cautiones interponuntur in restitutione rerum dotalium.

Est et cautio quæ circa species dotales interdum interponitur, quum non restituuntur; puta, quum casu amissæ sunt. V. G. « si qui dotalium servorum in fuga erunt, cavere debebit maritus se eos viri boni arbitratu persecuturum et restituturum ». *sup. d. l.* 25. §. 3.

§. VI. *De restitutione ususfructus in dotem dati.*

L. « Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium, circa reddendum jus mulieri; quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo, remedii loco, recte putaverunt introducendum ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno; et ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat ». *l.* 66. *ff.* 23. 3. *de jur. dot* Pomp. *lib.* 18. *ad Q. Mucium.*

LI. Eo autem casu quo mulier proprietatem habebat, difficultas etiam potest occurrere si eam vel viro, vel alii alienavit. De his casibus ita Tryphoninus : « Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit; manente matrimonio, eidem fundum vendidit. Quæsitum est, divortio facto, quid dotis judicio recuperare debeat? Dixi referre quanti fundus vænisset. Nam si nudæ proprietatis æstimatio facta fuisset, mulier dotis judicio pretium ususfructus recuperare debet ».

« Qui ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? Heredes ejus nihil præstituros. Nam etsi quilibet alius emptor proprietatis extitisset, heres viri nihil mulieri præstaret; scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Cæterum, si fundus totus vænisset quanti deberet vænire non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem, manente matrimonio, recepisse». *l.* 78. §. 3. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Tryph. *lib.* 11. disp.

LII. Circa restitutionem ususfructus, plures casus complectitur Marcellus, qui ait : « Usufructu in dotem dato, si divortium in-

---

traxit, actio adversus colonum competit; sed quod eo nomine consequetur, debet restituere mulieri.

Et « lorsqu'une femme, après la dissolution de son mariage, intente l'action en restitution de sa dot, elle doit donner caution à son mari du dommage prévu dont il s'est porté garant pour elle, à moins qu'il ne l'en dispense ».

XLIX. Ces cautions interviennent dans la restitution des biens dotaux.

Il y en a pareillement une qui intervient quelquefois par rapport aux biens dotaux, lorsqu'ils ne sont pas restitués, comme dans le cas où ils ont péri par un événement fortuit. Par exemple, « si quelques-uns des esclaves dotaux sont en fuite, le mari doit donner caution, sur l'arbitrage d'un homme de bien, de les faire rechercher et de les restituer ».

§. VI. *De la restitution d'un usufruit donné en dot.*

L. « Si l'usufruit d'un fonds de terre dont ma femme n'a pas la propriété, m'a été donné à titre de dot par le propriétaire, il y aura difficulté après le divorce, par rapport à la restitution à faire à ma femme, puisque nous avons dit qu'un usufruitier ne pouvait pas céder son usufruit à d'autres qu'au propriétaire, et que, dans le cas où il en ferait cession à un étranger, ce cessionnaire n'en jouirait pas; mais qu'il retournerait au propriétaire. Quelques jurisconsultes ont donc pensé avec raison qu'il fallait y apporter un remède légal, en accordant au mari la faculté de louer l'usufruit à sa femme, ou de lui vendre à vil prix; de manière que le droit lui resterait toujours, et que sa femme percevrait les fruits ».

LI. Mais dans le cas où la femme aurait la propriété, il peut encore se présenter une difficulté, si elle l'a vendue à son mari ou à tout autre. Tryphoninus dit sur ce cas : « Une femme avait donné un usufruit à son mari à titre de dot, et lui a vendu le fonds de terre durant le mariage. Ayant fait divorce, on demandait ce qu'il fallait lui restituer. J'ai dit qu'il fallait savoir combien elle avait vendu le fonds de terre, parce que si on n'en avait estimé que la nue propriété, elle devait recouvrer sur l'action de la dot le prix de l'usufruit ».

« Que faut-il donc dire si le mari est décédé avant la contestation en cause? que ses héritiers n'ont rien à restituer, parce que si tout autre eût acheté cette propriété, l'usufruit serait retourné au propriétaire, et l'héritier du mari n'aurait rien eu à rendre. Mais si elle avait vendu le fonds de terre estimé à toute sa valeur, sans distraction de l'usufruit, elle serait censée avoir recouvré sa dot durant le mariage ».

LII. Marcellus a rassemblé plusieurs cas concernant la restitution de l'usufruit, en disant : « Un usufruit ayant été donné en

---

loyers des autres années, mais doit restituer à sa femme ce qu'il en aura retiré.

tervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, *quandiu* vixerit, passurum se utifrui mulierem heredemque ejus. Quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. Interest quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, quum haberet mulier fructum, viro, cujus erat proprietas fundi, usumfructum cessit; nihil mulier heredi suo relinquet. Debebatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quod si fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet; cum proprietate enim ad heredem ejus transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas, aut aliquis fundi sui usumfructum, mulieris jussu, viro ejus dederit in dotem, inspiciendum est primum, quemadmodum possit mulieri restitui. Potest autem vel cautionibus interpositis; ut, sicut potest (1), vir jure suo cedat mulieri, fruique eam patiatur: vel, si se accomodavit (2) dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur ususfructus. Nam aut fructum fundi ille (3) mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo (ut inter eos actum fuerit) dare. Nam et finge hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere: quo casu, non inique, etiam mulieris herede agente, vir facere cogetur (4). Quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quod si facultatem ususfructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit (5), patientiam, quam percipiendi fructus præstare ipsi debuit, etiam heredi ejus præstet ». *l.* 57. Marcell. *lib.* 7. dig.

LIII. « Si ususfructus in dotem datus sit, videamus utrum fructus reddendi sint nec ne? Et Celsus, libro 10 Digestorum,

(1) Quum mulier fundum suum cujus usumfructum viro in dotem dedit, postea alienavit; vir, soluto matrimonio, non potest proprie restituere usumfructum mulieri quæ fundi domina esse desiit: nam jus ususfructus, utpote personale, non potest extraneo cedi: verum potest per æquipollens usumfructum cedere et restituere mulieri: scilicet, ut ipse jus ipsum ususfructus retineat, caveat autem, ut quandiu ipse vivet, mulier fructus fundi percipiat, et quidem tam ipsa quam heres ejus, ut infra dicetur.

(2) Id est, se interposuerit, negotio accesserit.

(3) Dominus proprietatis: scilicet vir cedet in jure suo usufructu, quo per hanc cessionem proprietati consolidato, dominus proprietatis qui volens huic negotio accessit, usumfructum mulieri constituet, aut, si malit dominus usumfructum redimere, aliquid pro eo mulieri dabit.

(4) Id est, cogetur vir usufructu suo cedere, ut heres mulieris accipiat a domino proprietatis pretium ususfructus, qui per hanc cessionem ad dominum revertetur.

(5) Quia dominus non vult redimere usumfructum, nec se huic negotio interponere.

dot, si ensuite le divorce a eu lieu, et que la propriété du fonds ne soit restée ni au mari, ni à la femme, la restitution de la dot doit se faire de la part du mari, en fournissant caution à sa femme de la laisser, elle et son héritier, jouir de l'usufruit tant qu'il vivra. Je doute que cela soit vrai par rapport à l'héritier. Il faut savoir comment l'usufruit a été donné en dot. Si la femme ayant l'usufruit d'un fonds de terre dont son mari était propriétaire, lui avait donné cet usufruit en dot, elle ne pourra rien laisser à son héritier, puisqu'il ne lui était dû qu'un usufruit qui n'a pas coutume de passer aux héritiers. Mais si elle avait apporté en dot à son mari l'usufruit d'un [illegible] qui lui appartenait, son mari doit lui restituer cet usufruit, puisqu'il aurait passé à son héritier avec la propriété, si son mari n'eût pas été en demeure de le lui restituer. Mais si la propriété a été aliénée, ou qu'un tiers ait donné, au nom de la femme, l'usufruit de son fonds de terre en dot à son mari, il faut examiner d'abord comment il peut être restitué à la femme. Or il peut lui être restitué au moyen d'un cautionnement par lequel (1) son mari lui garantirait de renoncer à son droit, et de la laisser jouir, ou du consentement du propriétaire (2) qui lui céderait ce même usufruit; car il peut céder à la femme, ou l'usufruit du fonds de terre (3), ou quelque autre chose pour en tenir lieu. En effet, supposons que la femme peut le vendre au propriétaire lui-même; cas auquel son héritier pourra forcer le mari à le faire (4), parce que s'il n'eût pas été en demeure de lui payer le prix de cet usufruit, elle l'aurait laissé à son héritier. Mais si la femme n'a point eu la faculté de vendre l'usufruit au propriétaire (5), il doit souffrir que son héritier en perçoive les fruits, comme il aurait dû les lui laisser percevoir à elle-même ».

LIII. « Si un usufruit a été donné en dot, voyons si les fruits en doivent ou n'en doivent pas être restitués. Suivant Celse, il faut

---

(1) Lorsqu'une femme a aliéné le fonds de terre dont elle avait donné l'usufruit en dot à son mari, celui-ci, après la dissolution du mariage, ne peut pas proprement lui restituer cet usufruit d'un fonds de terre qui ne lui appartient plus, parce que le droit d'usufruit étant personnel, ne peut pas être cédé à un autre; mais il peut le lui restituer d'une manière équivalente, en retenant le droit et lui donnant caution de lui en laisser percevoir les fruits, à elle et même à son héritier tant qu'il vivra, comme on va le voir plus bas.

(2) C'est-à-dire, si le propriétaire intervient dans cette affaire.

(3) Le propriétaire; c'est-à-dire, le mari se désistera de son droit d'usufruit, au moyen de quoi cet usufruit sera réuni à la propriété, et le propriétaire intervenant le constituera à la femme, ou, s'il l'aime mieux, lui donnera autre chose pour en tenir lieu.

(4) C'est-à-dire, le mari sera forcé de céder son droit d'usufruit, pour que l'héritier de sa femme reçoive du propriétaire le prix cet usufruit réuni à la propriété par sa cession.

(5) Parce que le propriétaire ne veut ni racheter cet usufruit, ni intervenir dans cette affaire.

ait interesse quid acti sit; et, nisi appareat aliud actum putare se jus ipsum in dote esse (1), non etiam fructus qui percipiuntur (2) *l.* 7. §. 2. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulpianus, *lib.* 31. *ad Sabin.*

ARTICULUS III.

Quid veniat restituendum, soluto matrimonio, quum vir socerve species æstimatas accepit?

LIV. Quum vir socerve species æstimatas in dotem accepit, solum pretium quo æstimatæ sunt, in actione de eo restituendum venit, nec non usuræ ex mora.

Hinc Alexander : « Quotiens res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summæ velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit ut, soluto matrimonio, restituerentur, et jure æstimatæ sunt; retinebit eas; si pecuniam tibi offerat ». *l.* 5. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

Lucrum igitur et periculum circa eas res maritum spectat.

Hinc Dioclet. et Maxim. : « Quum dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet, jure communi, per pactum quod doti insertum est, formato contractu, ex empto actionem esse. Quis enim dubitet æstimationem a te mulieri deberi, quum periculo tuo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo recipiantur»? *l.* 10. *cod. d. tit.*

Et hoc obtinet, etiamsi ipsius mulieris usu deteriores res fierent. Nam « æstimatæ res, usu etiam mulieris, periculo mariti deteriores efficiuntur ». *l.* 51. Hermog. *lib.* 2. *jur. epit.*

Hinc Papinianus : « In dotem rebus æstimatis et traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur ». *l.* 69. §. 8. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 4. resp.

Igitur « plerumque interest viri res non esse æstimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat; maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur. Eveniet enim, si æstimata sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilominus maritus æstimationem eorum præstet. Quoties igitur non æstimatæ res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt ». *l.* 10. *ff. d. t. de jur. dot.* Ulp. *lib.* 34. *ad Sab.*

LV. Diximus virum qui rem æstimatam in dotem accepit, pre-

(1) Et proinde solum restitui debere.

(2) Nec dicas fructus qui ex fundo percipiuntur, esse fructus ipsius fundi, non vero fructus juris ususfructus quod in dotem datum est. Nam sunt vice fructuum qui ex hoc ususfructus jure nascuntur.

voir ce qui a été convenu à cet égard, et s'il n'apparaît point de convention, il pense que l'usufruit seul entre dans la dot (1), et qu'elle ne comprend pas les fruits (2) ».

ARTICLE III.

De ce qui entre dans la restitution à faire après la dissolution du mariage, lorsque le mari ou son père ont reçu en dot des effets estimés.

LIV. La restitution de la dot, lorsque le mari ou son père ont reçu en dot des effets estimés, ne consiste que dans le prix de ces effets, et les intérêts depuis la demeure.

C'est pourquoi Alexandre dit : « Toutes les fois qu'il a été donné en dot des effets estimés, le mari en est devenu propriétaire, et ne doit que le prix de leur estimation. Si donc il ne s'est pas engagé à les rendre en nature après la dissolution du mariage, il pourra les retenir en en offrant le prix ».

Leur amélioration ou détérioration concerne donc le mari.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Puisque vous dites avoir reçu en dot des choses estimées, il s'ensuit, que d'après le droit commun, d'après le pacte dotal, et d'après votre contrat, il y a lieu à l'action de la vente; car il est certain que vous ne devez à votre femme que le prix qu'elle a mis aux choses qu'elle vous a données en dot, puisque vous les avez reçues à vos risques, périls et fortune ».

Ce qui, en effet, a lieu lorsque les choses ont été détériorées, même par l'usage que la femme en a fait; « car c'est au mari de supporter la détérioration des choses qu'il a reçues en dot avec estimation, lors même que cette détérioration a été causée par l'usage qu'en a fait sa femme ».

C'est pourquoi Papinien dit : « Lorsque le mari a reçu en dot des choses estimées, bien que sa femme en ait l'usage, c'est à lui qu'en appartient la propriété ».

Ainsi le mari a ordinairement intérêt à ne pas recevoir en dot des choses estimées, pour ne pas courir le risque de leur détérioration ; et surtout lorsqu'il reçoit en dot des animaux ou des habits dont sa femme doit se servir; car s'ils sont estimés, il n'en est pas moins débiteur du prix quand sa femme les a usés. Il faut donc dire que les choses données en dot sans estimation se détériorent ou s'améliorent aux risques, périls et fortune de la femme ».

LV. Nous avons dit que le mari était tenu, en vertu de l'action

(1) Et par conséquent doit seul être restitué.

(2) Et on ne peut pas dire que les fruits perçus du fonds de terre soient les fruits de ce même fonds de terre, et non ceux du droit d'usufruit donné en dot ; car les fruits tiennent lieu et place de ceux qui naissent de droit d'usufruit.

tium quo æstimata est, soluto matrimonio, dotis judicio restituere teneri. Hoc ita, nisi ipsi evicta sit ex causa existente tempore contractus : eo enim casu exceptione se tuebitur, etiamsi non ipsa mulier quæ de dote agit rem doti dedisset.

Ita in specie sequenti : « Fundus æstimatus in dotem datus, a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est. Quæsitum est an mulier; si æstimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit? Ait enim se propterea non teneri, quod pater ejus dotem pro se dedit, cui heres non extiterit. Paulus respondit : Prædio evicto sine dolo et culpa viri, pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse : consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est; quum dolus patris ipsi nocere (1) ». *l.* 59 §. 1. Paul. *lib.* 7. resp.

LVI. Circa casum autem quo res æstimata in dotem data evicta fuit, valde observandum quod docet Ulpian. : « Quotiens res æstimata in dotem datur; evicta ea, virum ex empto contra uxorem agere; et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio, ei præstare oportet. Quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. Quæ sententia habet æquitatem : quia non simplex venditio sit, sed dotis causa (2); nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris. Sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrum sentire ». *l.* 16. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib.* 3. reg.

Obiter notandum, quod « non solum si æstimatus fundus, sed etiam si non æstimatus in dotem datus est; et alias, quum necesse non habeat mulier duplum promittere, promisit : quia ipse fundus est in dote, quodcumque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus quandoque restituet mulieri de dote agenti ». *l.* 52. *ff. d. t. de jur dot.* Marcian. *lib.* 3. reg.

LVII. Quum hæc venditio dotis causa fiat, hinc etiam est quod « si in dote danda circumventus sit alteruter (3), etiam majori annis viginti quinque succurrendum est : *Quia bono et æquo non*

(1) Dolus patris ei nocet, quia facit eam indotatam. Sed et ipsa mulier dolo facit quum petit a viro pretium fundi quem habere ei non licuit; quippe bona fides non patitur ut vir pretio et re careat.

(2) Sensus est : etsi, quum res æstimatæ in dotem dantur, vera ac proprie dicta emptio contrahatur; tamen, quia ob causam dotis contrahatur, hæc emptio-vendito non est simplex venditio, et quædam in ea singulari jure observantur. Cujac. *observ.* 17. 1.

(3) Quamvis in cæteris venditionibus soli emptori circa pretium decepto,

en restitution de la dot, de rendre le prix des choses données avec estimation, après la dissolution du mariage; mais il n'en est pas ainsi lorsque la femme a été évincée pour une cause existante au tems du contrat; car alors le mari aurait une exception contre cette restitution, quand même ce ne serait pas la femme qui lui aurait donné sa dot.

C'est ce qu'on voit dans l'espèce suivante : « Un fonds qui avait été donné en dot avec estimation, se trouvait avoir été engagé à un créancier qui s'en empara en vertu de son droit de gage. On demandait si le mari avait une exception contre sa femme, dans le cas où elle viendrait à répétér le prix du fonds de terre, en alléguant que c'était son père qui l'avait donné en dot, et qu'elle avait renoncé à sa succession. Paul répondit que le mari en ayant été évincé sans dol ni faute de sa part, avait l'exception de la mauvaise foi contre la demande de sa femme, parce qu'il était évidemment injuste qu'elle lui fît rendre le prix d'un fonds de terre dont il avait été évince, et que la femme devait porter la peine du dol de son père (1) ».

LVI. Mais il faut bien observer ce que dit Ulpien, par rapport aux choses données en dot avec estimation, et dont l'éviction a eu lieu, que « toutes les fois qu'il a été donné en dot des choses estimées, et que le mari en a été évincé, il a l'action de la vente contre sa femme; mais qu'après la dissolution du mariage, il doit lui restituer ce qu'il a obtenu en vertu de cette action, et par conséquent lui rendre le double, s'il l'a reçu : opinion fondée sur l'équité, parce que ce n'est pas une simple vente, mais une vente à titre de dot (2), et que le mari ne doit pas s'enrichir aux dépens de sa femme; d'où suit qu'il lui suffit d'être indemnisé, et qu'il ne doit pas bénéficier ».

Remarquez en passant que, « non-seulement quand le fonds de terre donné en dot a été estimé, mais encore quand il ne l'a pas été, et que la femme a promis le double sans y être obligée, tout ce que le mari a reçu à cet égard doit être restitué à la femme sur l'action de la dot, parce que le fonds de terre est dans sa dot ».

LVII. Comme cette vente a lieu à titre de dot, c'est aussi pourquoi, « si le mari ou la femme ont été trompés dans ce contrat (3), il faut venir à leur secours, quand ils seront majeurs de

(1) Le dol de son père lui nuit en la rendant sans dot; mais elle commet elle-même un dol en demandant à son mari le prix d'un fonds dont il a été empêché de jouir; car la bonne foi ne permet pas qu'il paie ce qu'il n'a pas eu.

(2) Le sens est que, bien qu'on fasse une vente réelle et proprement dite en donnant en dot des choses estimees, cependant, comme on contracte à titre de dot, cette vente n'est pas une simple vente, et est soumise à des règles particulières. Voyez Cujas.

(3) Quoique dans les autres espèces de vente on ne subvienne qu'à l'a-

conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum ». *l.* 6. §. 2. *d. t.* Pomp. *lib.* 14. *ad Sabin.*

Pariter Ulpianus : « Si mulier se dicat circumventam minoris rem æstimasse, ut puta servum : si quidem circum in hoc venta est, quod servum dedit, non tantum in hoc quod minoris æstimavit; (sed etiam) in eo acturam, ut servus sibi restituatur. Enimvero si in æstimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam æstimationem, an potius servum præstet. Et hæc, si servus vivit. Quod si decessit, Marcellus ait magis æstimationem præstandam : sed non justam, sed eam quæ facta est; quia boni consulere (1) mulier debet, quod fuit æstimatus : cæterum (2), si simpliciter dedisset, procul dubio periculo ejus moreretur, non mariti. Idemque et in minore circumventa Marcellus probat. Plane si emptorem habuit mulier justi pretii, tunc dicendum justam æstimationem præstandam : idque duntaxat (uxori) minori annis præstandum, Marcellus scribit. Scævola autem in marito notat, si dolus ejus adfuit, justam æstimationem præstandam (3). Et puto verius quod Scævola ait ». *l.* 12. §. 1. *ff. d. t. lib.* 34. *ad Sab.*

LVIII. Quæcumque hactenus diximus circa id quod in judicium venit, quum res æstimata in dotem data est, tunc demum obtinent, quum res eo animo æstimata est, ut vir, soluto matrimonio, non rem, sed pretium deberet.

Aliud est, si æstimatio in hoc tantum facta sit ut constet de pretio rei; et quantum hujus rei nomine restituendum sit, si culpa viri interierit, aut deterior facta sit.

De tali specie rescribunt Diocl. et Maxim. : « Si inter virum et uxorem pactum sit interpositum, ut, si matrimonium intra quinquennii forte tempora quoquo modo esset dissolutum, species æstimatæ doti datæ, pretiis, quibus æstimatæ sunt, redderentur; manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui; quum in placitis specierum reddendarum, idcirco pretiorum nomen videatur annexum; ne, si species aliqua demi-

---

et quidem ob eam solam læsionem quæ dimidiam justi pretii excedit, subveniatur : ut vid. supra, *lib.* 18. *tit.* 5. *de rescind. vend. n.* 16 et 17.

(1) *Se savoir bon gré.*

(2) Id est, alioquin.

(3) Tam majori quam minori.

vingt-cinq ans, parce que la bonne foi et l'équité ne veulent pas que l'un profite au détriment de l'autre ».

Ulpien dit également : « Si une femme dit avoir été trompée dans l'estimation d'une chose, comme, par exemple, d'un esclave, et qu'elle l'a été, non-seulement en ce que cet esclave ait été mal estimé, mais encore en ce qu'elle l'a donné, elle aura action pour se le faire rendre. Si elle a été circonvenue dans l'estimation, le mari aura le choix de rendre ou de garder l'esclave en se soumettant toutefois à une nouvelle estimation qui en sera faite, s'il est encore vivant; mais s'il est mort, Marcellus dit qu'il n'y aura pas lieu à cette nouvelle estimation, et qu'il en sera payé suivant la première, parce que la femme doit en pareil cas se féliciter (1) de cette estimation, puisque (2) si elle l'avait donné purement et simplement, il aurait péri pour elle, et non pour son mari. Le même Marcellus dit qu'il en est de même d'une femme mineure qui aurait été trompée; que si elle trouvait un acquéreur à un juste prix, il faudrait dire que son mari devrait restituer le prix qu'elle aurait trouvé; mais qu'il n'en est ainsi que par rapport à une femme mineure. Scævola observe cependant, par rapport au mari, que s'il s'est rendu coupable de dol, il est tenu de la juste valeur (3), et je pense qu'il a raison ».

LVIII. Tout ce que nous avons dit jusqu'ici sur ce qui entre dans l'action en restitution, lorsqu'il a été donné en dot des choses estimées, n'a lieu que quand elles l'ont été pour que le mari, après la dissolution du mariage, en rendît le prix, et non les choses en nature.

Il en est autrement lorsque cette estimation n'a été faite que pour constater et la valeur de la dot, et le prix que le mari devait restituer pour ce qui aurait péri, ou aurait été détérioré par sa faute.

C'est sur cette espèce que Dioclétien et Maximien disent : « S'il a été fait un pacte entre le mari et la femme, pour que, dans le cas où le mariage serait dissous, de quelque manière que ce fût, avant l'espace de cinq ans, par exemple, le mari fût tenu de rendre les choses données en dot avec estimation, dans la même valeur de cette estimation, il est certain qu'il n'en doit pas restituer le prix, mais les choses en nature, puisque, d'après le pacte, cette estimation n'a eu lieu qu'à l'effet de fixer le prix que le

cheteur lésé par rapport au prix de la chose, et encore qu'on ne vienne à son secours que dans le cas de lésion d'outre moitié, comme on l'a vu ci-dessus *liv.* 18, au titre *de la rescision de la vente, n.* 16 et 17.

(1) Se savoir bon gré.

(2) Pour *alioquin.*

(3) Soit qu'elle soit majeure ou mineure.

nuta fuisset aut perdita (1), alio pretio quam quo taxata fuerat, reposceretur ». *lib.* 21. *cod.* 5. 12. *de jur dot.*

Hoc igitur casu quo res, quæ æstimatæ sunt, in specie reddendas convenit : eadem hoc judicio restituenda venire diximus articulo præcedenti, quum res inæstimatæ in dotem datæ sunt.

LIX. Idem obtinet, etiamsi ab initio æstimatio venditionis animo facta sit; si postea convenit ut res in specie redderentur.

Hinc Scævola : « Æstimatis rebus in dotem datis, pactum intercessit, ut ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur ; habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitratu : quæ vero non extarent, ab initio æstimatio earum. Quæsitum est, quum res quædam quas maritus vendiderat, extarent, an secundum pactum et hæc ad mulierem pertinerent? Respondi, res quæ extant, si neque volente, neque ratum habente muliere vænissent, perinde reddendas atque si nulla æstimatio intervenisset ». *l.* 50. *lib.* 2. resp.

Causa igitur ex his rebus nata eo casu restituenda est, perinde atque si inæstimatæ in dotem datæ essent.

Hinc Severus et Antoninus : « Dubium non est, post æstimationem dotis pactione vel stipulatione interposita, ut si ipsæ res, dissoluto matrimonio, extarent, uxori reddantur, et ancillas cum partu ex stipulatu judicio restitui oportere ». *l.* 1. *cod. h. tit.* 5. 18.

Hoc tamen accipe de ea causa, quæ post conventionem nata est. De ea enim, quæ ante nata est, ita definit Javolenus ex Labeone : « Mancipia in dotem æstimata accepisti. Pactum conventum deinde factum est, ut, divortio facto, tantidem æstimata redderes ; nec de partu dotalium ancillarum mentio facta est. Manebit, inquit Labeo, partus tuus; quia is pro periculo (2) mancipiorum penes te esse deberet ». *l.* 66. §. 3. *lib.* 6. *ex poster.* Lab.

Similiter Pomponius : « Si mancipia in dotem æstimata accepisti, et pactum conventum factum est ut tantidem æstimata divortio facto redderes, manere partum eorum apud te Labeo ait, quia et mancipia tuo periculo fuerint ». *l.* 18. *ff.* 23. 3. *de jure. dot.* Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

LX. Hactenus de casu quo simpliciter convenit ut res, quamvis æstimatæ, in specie redderentur. Quod « si res in dotem datæ

(1) Culpa mariti, vel post moram.

(2) Quod te spectavit ante conventionem.

mari serait obligé de payer pour chacune des choses estimées qui auraient péri ou auraient été détériorées (1) ».

Dans le cas où il aurait été convenu que les choses estimées seraient rendues en nature, la restitution à faire en vertu de cette action comprend ce que nous avons dit dans l'article précédent, lorsque les choses données en dot n'ont pas été estimées.

LIX. Il en est de même lorsque, dès l'origine, l'estimation a été faite dans l'intention de faire une vente; pourvu que depuis il ait été stipulé que les choses seraient rendues en nature.

C'est pourquoi Scævola dit : « Les choses données en dot ayant été estimées, il a été ensuite stipulé que, de quelque manière que la dot devînt restituable, les choses seraient rendues en nature, qu'on se tiendrait compte de la diminution ou de l'augmentation dans leur valeur, suivant l'avis d'un homme de bien, et que celles qui auraient péri seraient payées, d'après la première estimation. On a demandé si le mari, en ayant vendu quelques-unes qui existaient encore, il y aurait encore lieu à l'effet du pacte par rapport à la femme. J'ai répondu que si ces choses avaient été vendues sans le consentement de la femme, et sans qu'elle en ait ratifié l'aliénation, le mari devait les payer d'après une nouvelle estimation ».

Le produit de ces choses doit donc dans ce cas être restitué, comme si elles eussent été données en dot, sans estimation.

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Il n'est pas douteux que si, après une estimation des choses données en dot, il a été stipulé ou convenu qu'après la dissolution du mariage, ce qui en subsisterait encore serait rendu en nature à la femme; les femmes esclaves devront être rendues avec leurs enfans, sur l'action de la chose stipulée ».

Ce qui s'entend cependant du produit survenu depuis la convention; car pour celui du tems précédent, Javolenus décide, d'après Labéon, que « si vous avez reçu en dot des esclaves estimés, et qu'il ait été ensuite convenu qu'en cas de divorce vous rendriez la même valeur, sans faire mention des enfans qui en seraient nés, ces enfans vous appartiendront, suivant Labéon, parce qu'ils doivent vous rester pour dédommagement de ce que leurs pères et mères étaient à vos risques et périls (2) ».

Pomponius dit également : « Si vous avez reçu en dot des esclaves estimés, et qu'il ait été convenu que vous les rendriez de la même valeur après le divorce, suivant Labéon, leurs enfans vous appartiendront, parce que leurs pères et mères étaient à vos risques et périls ».

LX. Jusqu'ici nous avons parlé du cas où il a été simplement convenu que les choses, nonobstant l'estimation qui en a été

(1) Par la faute du mari, ou depuis qu'il était en demeure.

(2) Avant la convention.

fuerint, quamvis æstimatæ; verum convenerit ut aut æstimatio; aut res præstentur, si quidem fuerit adjectum utrum mulier velit, ipsa eliget utrum malit petere rem, an æstimationem. Verum, si ita fuerit adjectum, utrum maritus velit, ipsius erit electio : aut, si nihil de electione adjiciatur, electionem habebit maritus utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa aut illa res promittitur, rei electio est utram præstet. Sed si res non extet, æstimationem omnimodo maritus præstabit (1) ». *l.* 10. §. *fin. ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulp. *lib.* 34. *ad Sab.*

« Sane et deteriorem factam reddere poterit ». *l.* 11. *d. tit.* Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

ARTICULUS IV.

Quando vir socerve dotem accepisse videantur ?

LXI. Vidimus, præcedentibus articulis, quid judicio *dotis* restituendum veniret, quum vir socerve res in dotem accepit. Sciendum autem quando eas accepisse videatur.

Accepisse videtur, non solum si ipsi, sed et si ejus jussu alteri datæ sunt. Igitur, « etiamsi alii, jussu mariti, dos detur, nihilominus maritus de dote obligatur ». *l.* 19. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulp. *lib.* 34. *ad Sab.*

Hinc, « si mulier ita dotem promiserit, *decem tibi aut Titio doti erunt;* hoc casu dici potest vel Titio dari posse; sed de dote virum teneri, quemadmodum si Titio jussisset dari. Nec mirum; quum etiam promissura viro dotem, possit, delegante eo, alteri promittere : etsi dici solet, alii quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari. His enim casibus viro dos quæritur. Non enim existimabimus illam ita promisisse, quum vel de Titii nuptiis cogitaret (2) ». *l.* 59. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Marcel. *lib.* 7. *digest.*

LXII. Vir socerve res accepisse etiam videtur, quamvis civilis duntaxat solutio earum intervenerit; puta, si debitori res acceptas tulerit, etsi debitor ille non fuerit solvendo.

---

(1) In alternavis obligationibus, si una res non extat, altera debetur. Vid. infra, *lib.* 46. *tit.* 3. *de solutionib.*

(2) Sponsa mea, quum mihi vel Titio dare promittit, mihi duntaxat, non Titio dotem constituit. De meis duntaxat nuptiis cogitat, non de aliis nuptiis cum Titio. Est igitur Titius mihi adjectus duntaxat solutionis gratia; cui quum solvitur, perinde est ac si mihi solveretur. Mihi ergo, qui solvi ei jussi, solutum videtur; proindeque teneor *rei uxoriæ* actione, perinde ac si ipse accepissem.

faite, seraient rendues en nature; toutefois « si les choses ont été données en dot, quoique estimées, mais qu'il ait été convenu qu'on rendrait les choses ou le prix, s'il a été dit que ce serait au choix de la femme, elle pourra demander le prix ou les choses : s'il a été dit que ce serait ou choix du mari, il rendra les choses ou le prix à son choix; ou s'il n'a été rien dit à cet égard, il aura encore le choix de l'un ou de l'autre, parce que celui qui a promis une chose ou une autre, peut donner celle qu'il voudra. Mais si les choses promises n'existent plus, le mari sera absolument tenu d'en payer le prix (1) ».

« Mais il pourra les rendre, même détériorées ».

ARTICLE IV.

Quand le mari ou son père sont censés avoir reçu une dot.

LXI. Nous avons vu dans les articles précédens, ce que le mari ou son père devaient restituer sur l'action de la dot, lorsqu'ils l'avaient reçue; mais il faut maintenant voir quand ils sont censés l'avoir reçue.

Ils sont censés l'avoir reçue non-seulement lorsqu'ils l'ont reçue eux-mêmes; mais encore lorsqu'elle a été donnée à un autre par leur ordre. Ainsi « le mari est encore soumis à l'action de la dot lorsqu'elle a été donnée à un autre par son ordre ».

C'est pourquoi, « si une femme a promis de donner en dot une somme de dix pièces d'or à son mari ou à Titius, on peut dire dans ce cas qu'elle peut payer à Titius; mais que son mari sera passible de l'action de la dot, comme ayant ordonné de la payer à Titius; ce qui n'est pas étonnant, puisque devant promettre une dot à son mari, elle pouvait la promettre à un autre sur sa délégation, encore qu'on ait coutume de dire que la femme ne peut être obligée qu'envers son mari pour sa dot, parce que, dans ce cas, la dot est acquise au mari, puisqu'on ne peut pas penser qu'en la promettant de cette manière, elle ait constitué sa dot à Titius qu'elle ne devait point épouser (2) ».

LXII. Le mari ou son père sont pareillement censés avoir reçu les choses données en dot, quoiqu'il n'en ait été fait qu'une tradition civile; comme, par exemple, s'ils ont donné quittance au débiteur, nonobstant son insolvabilité.

---

(1) De deux choses alternativement promises, et dont une n'existe plus, celle qui existe encore est due. Voy. ci-après, *liv.* 46, le titre qui traite *du paiement.*

(2) Lorsque ma fiancée promet de donner une dot à moi et à Titius, c'est à moi qu'elle la constitue, et non à Titius; elle ne pense qu'à son mariage avec moi, et ne pense point à un mariage avec Titius. Titius n'intervient donc que pour recevoir le paiement, et le recevoir comme s'il était fait à moi-même. Elle sera donc censée me payer en le payant par mon ordre, et je serai soumis à l'action de la dot, comme si je l'avais reçue moi-même.

Hinc Julianus: « Vir ab eo qui uxori ejus dotem facere volebat, certam pecuniam eo nomine stipulatus est; deinde acceptam eam fecit. Quærebatur essetne ea pecunia in dotem? Respondit: si acceptam non fecisset, et promissor solvendo esse desisset; quæreremus an culpa mariti ea pecunia exacta non esset: quum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit. Perinde enim est ac si acceperit pecuniam, et eamdem promissori donaverit ». *l.* 49. *ff.* 23. 3. *de jure dot. lib.* 5. *ex Minic.*

Consonat quod, « si vir socero suo injussu uxoris, manente matrimonio, dotem acceptam fecisset; etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, viri tamen periculum futurum ait Labeo: et hoc verum est ». *l.* 66. §. 6. Javol. *lib.* 6. *ex poster.* Lab.

Simili ratione: « Dotem a patre, vel a quovis alio promissam, si vir novandi causa stipuletur, cœpit viri esse periculum (1) quum ante mulieris fuisset ». *l.* 35. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulp. *lib.* 47. *ad Sab.*

LXIII. Idem erit, et si quomodocumque maritus nomen debitoris secutus est.

Hinc Paulus: « Quum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est. Sed si maritus nomen secutus usuras exegerit, periculum ejus futurum respondetur ». *l.* 71. *ff. d. t. de jure dot.* Paul. *lib.* 13. *quæst.*

Et quidem vel ex eo solo videtur hujus nomen sequi, quod sciens eum non esse solvendo patiatur promittere dotem. Hinc idem Paulus: « Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet. Nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigi non potuerit. Quod si jam tunc debitor, quum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit; periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit ». *l.* 41. §. 3. *ff. d. t. de jure dot.* Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Hoc ita, si ante matrimonium vir nomen suscepit. Quod si jam constante matrimonio, « quum vir uxori donare vellet, debitor mulieris qui solvendo non erat, dotem ei promisit: ad id duntaxat, ad quod solvendo fuit, viri periculo ea res est. Et, si quid debitori ad solvendum facultatis accesserit, periculum ad eam summam quæ accesserit, crescet; permanebitque, etiamsi rursus pauperior factus erit; quia neque tum, quum dos promitteretur, donatio facta est, nisi ejus pecuniæ quæ a debitore servari non poterat; neque, quum solvendo is esse cœpit, donationis causa permaneat, quum

(1) Accepisse enim eam videtur, quum novatio sit civilis solutionis species.

C'est pourquoi Julien dit : « Un mari avait stipulé une certaine somme à titre de dot de celui qui devait donner une dot pour sa femme, et ensuite lui en avait donné quittance. On demandait si cette somme était entrée dans la dot. J'ai répondu que s'il n'eût point donné quittance, et que le débiteur fût devenu insolvable, il faudrait examiner si ce n'était point par sa faute que le mari n'eût point reçu la somme; mais qu'en ayant donné quittance, il devait en supporter la perte, parce que c'était comme s'il l'eût reçue, et ensuite donnée au débiteur ».

A quoi est conforme ce qui suit : « Si un mari, sans le consentement de sa femme, a donné, durant le mariage, quittance à son beau-père, Labéon dit que, bien qu'il l'ait fait en considération de la pauvreté de son beau-père, il n'en doit pas moins restituer la dot à sa femme; ce qui est vrai ».

Par la même raison, si un mari stipule par novation de son beau-père, ou de tout autre, la dot qui lui avait été promise, il la prend à ses risques et périls (1), bien qu'elle fût aux risques de sa femme ».

LXIII. Il en sera de même si le mari a accepté, de quelque manière que ce soit, la créance d'un débiteur.

C'est pourquoi Paul dit : « Lorsqu'un étranger a promis la dot d'une femme, elle est aux périls et risques de la femme; mais si le mari a accepté la créance et en a reçu les intérêts, on répond qu'elle est à ses risques ».

Et même il est censé avoir accepté la créance, par cela seul que connaissant l'insolvabilité du débiteur, il a souffert qu'il promît une dot à sa femme. C'est pourquoi, le même Paul dit : « Si un débiteur de la femme, ayant promis sa dot sous condition, est devenu insolvable avant que le mari ait pu l'exiger, il a été décidé que la perte en était aux risques et périls de la femme, parce que le mari ne pouvait être censé avoir accepté la créance que du jour où il aurait pu l'exiger; mais si ce débiteur était déjà insolvable lorsqu'il a promis sous condition, cette perte concernera le mari, parce que connaissant son insolvabilité dès l'origine de sa promesse, il était censé l'avoir accepté comme tel ».

Il en est ainsi lorsque le mari a reçu la dot en cette forme de créance avant le mariage. Mais s'il l'a reçue depuis le mariage, « alors si le mari, voulant faire une donation à sa femme, un débiteur insolvable de celle ci, lui a promis une dot, le mari n'a pris à ses périls et risques que ce que pouvait payer ce débiteur. S'il est survenu à ce débiteur des moyens de payer, la responsabilité du mari augmentera en raison de cette circonstance, même quand il deviendrait ensuite plus pauvre, parce que lors de la promesse de la dot, il n'a voulu donner à sa femme que ce qu'il ne pourrait pas

(1) Car il est censé l'avoir reçue, puisque la novation est une espèce de paiement civil.

eo loco res sit, quo esset, si tum quoque, quum promitteretur dos, locuples fuisset ». *l.* 53. *ff. d. tit. de jure dot.* Neratius, *lib.* 3. *membran.*

LXIV. Videtur etiam vir socerve accepisse res quæ ipsi dotis causa promissæ sunt, si heres extiterit promissori; quamvis hereditas non esset solvendo.

Hinc Africanus : « Quæ dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur partem dotis, distracto matrimonio, sibi solvi. Ea, nulla data dote obierat, eodem marito suo herede relicto. Is damnosam hereditatem ejus adierat. Nihilominus stipulatoribus tenebitur : quoniam adeundo hereditatem debitricis, intelligeretur secum pensasse. Nec ad rem pertinere quod solvendo non esset hereditas; quando cæteris etiam creditoribus teneatur ». *l.* 33. *lib.* 7. *quæst.*

LXV. Observandum superest nihil referre quando vir socerve res dotales acceperint; constante, an jam soluto matrimonio. Igitur « si pater ignorans filiam divortisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur ». *l.* 41. Papin. *lib.* 37. *quæst.*

SECTIONIS II CAPUT SECUNDUM.

Quid, soluto matrimonio, veniat in judicio dotis, *quum vir confessus est se accepisse dotis causa quod non accepit; aut quum viro socerve quid promissum necdum solutum est; aut quum vir aliqua obligatione fuit liberatus.*

ARTICULUS I.

De casu quo vir confessus est accepisse se dotis causa quod non accepit.

LXVI. Quum vir per errorem plus promisit quam accepit, aut spe futuræ numerationis instrumento confessus est se accepisse, non tenetur in plus quam quod revera accepit : ut in specie sequenti :

« Mulier quæ centum dotis apud virum habebat, divortio facto, ducenta a viro errante stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantum deberi; sive prudens mulier plus esset stipulata, sive imprudens. Labeonis sententiam probo ». *l.* 66. §. 4. Jav. *lib.* 6. *ex poster.* Lab.

Hinc Severus et Antoninus : « Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti, facit. Et ideo non ignoras ita demum te

retirer de son débiteur, l'intention de lui faire une donation ayant cessé à mesure qu'il est devenu plus solvable, et que c'est à cet égard comme si ce débiteur eût été riche lorsqu'il a promis la dot ».

LXIV. Le mari ou son père son censés avoir reçu les choses promises en dot, lorsqu'ils ont été héritiers de celui qui les avait promises, nonobstant l'insolvabilité de la succession.

C'est pourquoi Africanus dit : « La personne qui avait promis une certaine somme en dot, avait fait intervenir des individus qui avaient stipulé le paiement d'une partie de la dot, après la dissolution du mariage. Elle était décédée sans avoir rien payé, et avait institué son mari héritier. Celui-ci avait accepté la succession, quoique onéreuse. Il n'en est pas moins tenu envers les stipulans, parce qu'en acceptant la succession, il est censé avoir fait compensation avec lui-même, et qu'il importe peu que la succession soit insolvable, puisqu'il n'en est pas moins tenu, même envers les autres créanciers ».

LXV. Il reste à observer qu'il importe également peu que le mari ou son père aient reçu les choses données en dot durant le mariage ou après. Donc, « si un père, ignorant le divorce de sa fille, a payé ce qu'il avait promis en dot, il le répétera, non par l'action du paiement indûment fait, mais par celle de la dot ».

CHAPITRE II DE LA SECTION II.

De ce qui entre dans l'action de la dot, après la dissolution du mariage, lorsque le mari a reconnu avoir reçu à titre de dot ce qu'il n'avait point reçu ; lorsqu'on n'a point payé ce qu'on avait promis au mari et à son père, ou lorsque le mari a été libéré de quelques obligations.

ARTICLE I.

Du cas où le mari a reconnu avoir reçu en dot ce qu'il n'avait point effectivement reçu.

LXVI. Lorsque le mari par erreur a promis de rendre plus qu'il n'avait reçu, ou a reconnu par titre avoir reçu ce qu'il n'avait point reçu, dans l'espoir de le recevoir par la suite, il n'est tenu à rendre que ce ce qu'il avait réellement reçu, comme on le verra dans l'espèce suivante :

« Une femme qui n'avait donné à son mari qu'une somme de cent écus d'or, avait stipulé de lui une somme de deux cents écus, que, par erreur, il avait promis de rendre en cas de divorce. Suivant Labéon, ce mari ne devait rendre à sa femme que ce qu'il en avait reçu en dot, bien qu'elle eût stipulé davantage, soit par dol, ou de bonne foi ; et je partage son avis ».

C'est pourquoi Sévère et Antonin disent : « Ce n'est pas le contrat dotal, mais la numération de deniers qui fait la dot ; et vous

ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te reipsa datam probatura es ». *l.* 1. *cod.* 5. 15. *de dote cauta, non numer.*

Exceptio igitur *non numeratæ pecuniæ* poterit objici mulieri intra annum a die soluti matrimonii.

Ex Novella autem C, si matrimonium ultra biennium duraverit, hæc exceptio non potest opponi nisi intra tres menses a die soluti matrimonii; et nullatenus, si decennia duravit.

Maritus qui dotem non accepit, non solum se exceptione tueri poterit quum ab eo petetur : quinetiam, si « maritus dotem quam non accepit, post divortium per errorem solvit, repetet, quia non numeratam caverat : exigi enim ab eo non potuit ». *l.* 52. Tryph. *lib.* 7. *disput.*

LXVII. Et hæc quidem de casu quo vir per errorem aut spe futuræ numerationis confessus est. Quod si donandi causa, veniet judicio *dotis* restituendum, quasi revera accepisset : si tamen donatio valeret.

Hinc Alexander : « Quod de suo maritus, constante matrimonio, donandi animo in dotem adscripsit (1) : si eamdem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et, durante matrimonio, mortem obiit (2); ab heredibus mariti, quatenus liberalitas interposita munita est, peti potest ». *l.* 2. *cod.* 5. 15. *de dote causa, non num.*

ARTICULUS II.

De casu quo quid viro socerove promissum est, necdum solutum.

LXVIII. Quum quid viro promissum est, nec solutum fuit; si quidem ipsa mulier aliusve qui *dotis* judicio agit, ipse promiserat aut est promissoris heres, non aliud veniet in hoc judicio quam ut actor ab hac obligatione liberetur : nec refert culpa viri, nec ne, non fuerit solutum.

Hinc Julianus : « Quoties culpa viri accidit ne dos a socero, aut a quolibet alio qui mulieris nomine promiserat, exigeretur : si aut in matrimonio filia decesserit (3); aut mater familias facta, eum,

(1) Hæc donatio traditione brevis manus consummata videtur. Nam vir intelligitur hoc dedisse uxori, et uxor retro in dotem viro.

(2) Et sic donatio confirmata est ex oratione Antonini; ut vid. supra hoc *lib. tit.* 1. *de donat. int. vir. et ux. part.* 3.

(3) Quo casu patri qui eam promisit, *dotis* actio competit.

n'ignorez pas que vous ne pouvez être admise à répéter votre dot qu'autant que vous parviendrez à prouver que vous l'avez réellement donnée ».

On peut donc opposer à une femme l'exception de la non numération de deniers pendant un an, à compter du jour de la dissolution du mariage.

Mais, par la Novelle C, cette exception ne peut être opposée que pendant trois mois du jour de la dissolution du mariage, s'il a duré deux ans, et ne peut plus l'être s'il en a duré dix.

Le mari qui n'a point reçu de dot, a non-seulement cette exception contre sa femme qui l'a répétée, mais encore si « un mari, par erreur, a restitué une dot qu'il n'avait point reçue, après le divorce, il pourra la répéter, parce qu'ayant promis ce qu'il n'avait point reçu, il n'était point tenu de le rendre ».

LXVII. Ces principes sont applicables au cas où un mari a reconnu avoir reçu, par erreur, ou dans l'espoir de recevoir; mais s'il l'a fait dans l'intention de faire une donation, il sera tenu de rendre sur l'action de la dot, comme s'il avait réellement reçu, à moins que la donation ne fût nulle.

C'est pourquoi Alexandre dit : « Ce qu'un mari a reconnu, durant le mariage, avoir reçu en dot, dans l'intention de donner la même quantité de son bien à sa femme (1), pourra être demandé contre ses héritiers, s'il n'a pas révoqué cette donation en augmentation de dot, et qu'il soit décédé durant le mariage (2), parce que c'est une libéralité ».

ARTICLE II.

Du cas où il a été promis au mari ou à son père quelque chose qu'ils n'ont pas reçu.

LXVIII. Lorsqu'il a été promis quelque chose au mari, et qu'il ne l'a pas reçu, si c'est la femme elle-même qui avait promis, ou celui dont elle a été l'héritière, et que ce soit aussi l'un ou l'autre qui intente l'action de la dot, cette action ne produira que la libération de leur obligation, soit que le mari n'ait pas été payé par sa faute, ou sans qu'il y eût de sa faute.

C'est pourquoi Julien dit : « Toutes les fois qu'il arrive, par la faute du mari, que la dot de sa femme n'est point exigée de son beau-père, ou de tout autre qui l'aurait promise en son nom, si la femme est décédée dans le mariage (3), ou qu'étant devenue

(1) Cette donation est censée confirmée par la tradition *fictive*, parce que le mari est censé avoir donné à sa femme ce qu'il a ensuite reçu en dot.

(2) C'est ainsi que cette donation est confirmée par le discours d'Antonin, comme on l'a vu ci-dessus, au titre qui traite *de la donation entre mari et femme*, *part.* 3.

(3) Cas auquel le père qui l'a promise, a l'action de la dot.

qui dotem repromiserat, heredem instituerit (1) : satis constat nihil amplius virum prestare debere, quam ut eos obligatione liberet ». *l.* 30. §. 1. *lib.* 16. *dig.*

Similiter, « si debitor mulieris dotem promiserit, et mulierem heredem reliquerit. Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promisisset. Cujus sententiam Julianus quoque probat. Nec enim æquum esse ait, ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine quam ipsa debeat; et satis esse acceptilatione eam liberari ». *l.* 41. §. 4. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Paul. *lib.* 35. *ad ed.*

Quod tamen dicimus, nullam culpam viro imputari quum is cui dos restituenda est debitori dotis heres extitit, sic accipe, pro ea parte pro qua extitit heres.

Nam, si quis pro muliere dotem viro promisit; deinde herede muliere relicta, decesserit : qua ex parte (2) mulier ei heres esset, pro ea parte dotis periculum quod viri fuisset, ad mulierem pertinere; quia nec melius, nec æquius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. Et hoc verum puto ». *l.* 66. §. 7. Javol. *lib.* 6. *ex poster. Lab.*

LXIX. Quod si is qui promisit quid dotis causa, nec solvit, judicio *dotis* aliud petere non potest quam ut ab hac obligatione liberetur; a fortiori is qui post promissionem stipulatus est ne a se peteretur, non potest petere id quod posteriore pacto comprehensum est.

Hoc est quod ait Julianus : « Si pater, quum ducenta filiæ suæ nomine dotis gratia promisisset, pactus fuerit ne amplius quam centum a se peterentur, et soluto matrimonio egerit : centum de quibus convenit ne peterentur, nec intelliguntur dotis esse ». *l.* 31. §. 1. *lib.* 18. *digest.*

Contra obiter nota; pacto illo ne a se petatur, personam paciscentis solam comprehendi, ideoque maritum, si cum alio agat, etiam cum herede ejus qui pactus est, posse integram summam in priori promissione comprehensam dotis nomine petere. Hinc statim subjicit idem Julianus : « Quod si, mortuo patre, cum herede ejus maritus agere cœperit, ista quoque pecunia (3) in dote erit ». *d.* §. 1.

LXX. Ex distis liquet virum judicio *dotis* uxori non teneri,

(1) Finge mulierem stipulatam fuisse *dotem sibi reddi.*

(2) Duntaxat.

(3) Ducenta in promissione dotis comprehensa.

mère de famille, elle ait institué son héritier celui qui avait promis sa dot (1), il est assez constant que son mari n'est tenu que de les libérer de leur obligation ».

De même « si un débiteur de la femme a promis sa dot et l'a instituée son héritière, suivant Labéon, c'est comme si elle l'avait promise elle-même, et Julien est du même avis, parce que, dit-il, il n'est pas juste de condamner son mari à lui payer ce qu'elle doit elle-même, et qu'il suffit de l'en libérer par le moyen de l'acceptilation.

Cependant ce que nous disons qu'il n'y a point de faute à imputer au mari, lorsque celui à qui la dot devait être restituée a été héritier de celui qui la devait, ne doit s'entendre qu'à raison de la portion pour laquelle il en a été héritier.

Car « si un individu a promis une dot au mari pour sa femme, et qu'il soit décédé après avoir laissé cette femme héritière, elle ne supportera les risques que son mari devait courir, que pour la portion (2) dont elle a été héritière, parce qu'il ne serait ni plus convenable, ni plus juste qu'elle pût s'enrichir, aux depens de son mari, de ce qu'il n'aurait pas pu exiger d'elle. Je trouve cette décision bien fondée ».

LXIX. Si celui qui a promis quelque chose à titre de dot, et ne l'a pas payé, ne peut demander sur l'action de la dot que d'être libéré de cette obligation, à plus forte raison celui qui a promis et a ensuite stipulé qu'on ne lui demanderait rien, ne peut pas demander ce qu'on ne peut pas lui demander à lui-même, d'après cette convention.

C'est ce que dit Julien : « Si un père après avoir promis une somme de deux cents *écus d'or* en dot à sa fille, a ensuite stipulé qu'on ne pourrait lui demander qu'une somme comme cent *écus*, et qu'après la dissolution du mariage il intente l'action en répétition des cent écus qu'il a stipulé qu'on ne lui demanderait pas, ils ne seront pas censés faire partie de la dot ».

Observez qu'au contraire la convention de ne rien demander ne s'étend qu'à la personne du stipulant, et par conséquent que si le mari a agi contre un autre, et même contre l'héritier de celui qui a stipulé, il peut demander toute la somme comprise dans la première promesse. C'est pourquoi le même Julien ajoute immédiatement, « que si, le père étant décédé, le mari agit contre son héritier, toute la somme comprise dans la première promesse entrera dans l'action de la dot (3) ».

LXX. Il suit de ce qu'on vient de dire, que dans l'action de la

(1) On suppose qu'il a été stipulé que sa dot lui serait rendue.

(2) Seulement.

(3) Les deux cents compris dans la promesse de dot.

ejus rei nomine quam ipsa mulier, aut is cui mulier heres extitit, ei dotis causa promisit nec solvit.

Hoc indistincte verum est, sive quantitas promissa est, sive species inæstimata. Circa speciem autem æstimatam aliqua distinctio adhibenda est.

Enimvero, « si rem æstimatam mulier in dotem dederit; deinde ea moram faciente in traditione, in rerum natura esse desieri, actionem eam habere non puto (1) ». *l.* 14. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Ulo. *lib.* 34. *ad ed.*

« Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset; quia quod evenit, emptoris periculo (2) est ». *l.* 15. *d. t.* Pomp. *lib.* 14. *ad Sab.*

LXXI. Hactenus de casu quo id quod dotis causa promissum est, necdum solutum, ab ipso actore deberetur. Quod si ab alio debeatur id tantum venit in hoc judicio, ut vir suas mandet actiones nisi culpa viri contigerit eas inanes esse factas.

Hinc, « si extraneus sit qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito cur eum non convenerit; maxime si ex necessitate (3), non ex voluntate, dotem promiserat. Nam, si donavit, ut cumque parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem qui donaverat (4), quemque (5) in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat (6). Hoc enim D. Pius rescripsit: *eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos.* Sed quid si vel pater, vel ipsa promiserit? Julianus quidem, libro 16 digestorum, scribit, etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum: quod ferendum non est. Debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quisquam judex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem: multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse; quod alius (scilicet donaturus) ejus peri-

(1) Repelletur enim exceptione quod ipsa sit obligata hujus rei nomine; quum mora obligationem rei quamvis extinctæ perpetuaverit.

(2) Quum certa res certo pretio æstimata. viro in dotem promittitur; vir contrahere videtur emptionem hujus rei. Fit igitur res ejus periculo statim atque convenit; adeoque, quamvis ante traditionem seu solutionem extincta sit, vir nihilominus debitor est pretii.

(3) Quum debitor esset mulieris.

(4) Mulieri. Non debet succensere mulier quod benefactor suus non fuerit præcipitatus ad solutionem.

(5) *Quemque* mulier, *si* ipsa eum *convenisset.* Cujac. *obs.* 12. 18.

(6) Id est, ut condemnaretur effecisset.

dot, le mari n'est pas tenu envers sa femme de ce qu'elle ou celui dont elle a été héritière, lui a promis à titre de dot, et ne lui a pas payé.

Ce qui est indistinctement vrai, soit qu'il ait été promis une somme d'argent, ou des effets non estimés; mais par rapport aux effets estimés, il faut admettre quelque distinction.

En effet « si une femme a donné en dot une chose estimée, et que la chose ait péri pendant qu'elle était en demeure de la livrer, je ne pense pas qu'elle ait d'action (1) ».

« Mais si elle n'a point été en demeure, elle en répétera le prix, parce qu'elle était aux périls et risques de l'acheteur (2) ».

LXXI. Nous avons parlé jusqu'ici du cas où ce qui aurait été promis en dot, et n'aurait point été payé, serait dû par le demandeur lui-même; mais s'il était dû par un autre, le mari ne serait tenu sur cette action que de céder ses actions, à moins qu'elles ne se fussent périmées par sa faute.

C'est pourquoi, « si celui qui a promis la dot est un étranger, lequel est depuis devenu insolvable, on imputera au mari de ne l'avoir pas actionné, surtout si étant obligé de payer une dot à sa femme (3), il ne l'a pas promise volontairement; car s'il a fait en cela une donation, on devra pardonner au mari de n'avoir pas pressé pour le paiement celui qui ne devait qu'en vertu de sa donation (4), et qui n'aurait été condamné qu'à la concurrence de ses facultés (5), si on l'avait actionné (6), suivant le rescrit d'Antonin-le-Pieux, où il est dit : *que ceux qui sont actionnés pour leur libéralité, ne doivent l'être qu'à la concurrence de leurs facultés.* Mais si c'est la femme elle-même ou son père qui ont promis la dot, suivant Julien, le mari a pris à ses risques et périls ce qu'avait promis le père; décision qu'on ne peut raisonnablement admettre : d'où suit que c'est à la femme d'en supporter les risques. En effet, il n'est point de juge disposé à écouter favorablement une femme qui se plaint de ce que son mari n'a pas pressé son père de payer sa dot, et à

(1) Parce qu'elle sera repoussée par l'exception tirée de ce qu'elle était obligée elle-même, et de ce qu'elle a perpétué par sa demeure une obligation éteinte.

(2) Lorsqu'une chose certaine, estimée à un certain prix, a été donnée en dot, le mari est censé l'avoir achetée. Elle est donc à ses risques et périls du moment de la convention, et par conséquent il en doit le prix, quoiqu'elle ait péri avant de lui avoir été livrée.

(3) Etant débiteur de la femme.

(4) Faite à la femme, parce qu'elle ne doit point s'irriter de ce qu'on n'a pas pressé son bienfaiteur pour le forcer à payer.

(5) Il faut lire, *et que si la femme l'eût actionné elle-même.* Voy. Cujas, *observ.* 12, 18.

(6) C'est-à-dire, n'aurait été condamné.

culo ait, cui acquiritur : adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit ». *l.* 33. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Ulp. *lib.* 6. *ad Sab.*

Consonat quod ait Paulus : « Mævia marito suo inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit; quo Otacilius eidem Mæviæ caverat, daturum se, quum nuptum ire cœpisset, decem millia. Ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quæsitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit etiam illam summam quæ instrumento continetur, refundere? Respondi : potuisse quidem eum cui actiones mandatæ sunt, debitorem convenire : sed si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati judicio ». *l.* 49. Paul. *lib.* 7. *resp.*

LXXII. Vidimus eo casu quo tertia persona quantitatem promisit, non in aliud teneri virum quam ut suas mandet actiones; nisi culpa ejus factæ sint inanes.

Pari ratione; specie promissa, si hujus speciei interitu actiones, quas adversus eam personam habebat, interierint, prorsus liberatur : nisi culpa ejus argui possit, quod non exegerit rem quæ apud ipsum non æque fuisset peritura. Hoc docet Paulus. Ita ille: « Si is qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit, et antequam solveret debitor, Stichus decessit; quum neque per debitorem stetisset (1) quominus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset, periculo mulieris Stichus morietur. Quanquam, etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur ». *l.* 56. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Paul. *lib.* 6. *ad Plaut.*

ARTICULUS III.

De casu quo vir aliqua obligatione, qua tenebatur, liberatus est dotis causa.

LXXIII. Hoc casu, judicio *dotis* restituendum venit quod ea obligatione continebatur, quasi vir illud accepisset. Nec refert ipso jure, an per exceptionem liberatus fuerit.

Multo magis quum per acceptilationem vir liberatus est dotis causa, videndus est accepisse id quod debebat; et judicio *dotis* id ab eo peti potest.

(1) Nam si per eum stetisset, duraret actio adversus eum.

plus forte raison, celle qui se plaindrait de ce qu'on ne l'aurait pas actionnée elle même pour sa dot. C'est donc avec raison que Sabinus a pensé que la dot promise par la femme ou son père n'était point aux risques et périls du mari; mais que ce qu'avait promis un débiteur devait périr pour le mari. La chose qu'un autre, tel qu'un donateur, aurait promise, est à la charge de celui à qui elle serait acquise, et nous la considérons comme acquise à la femme, au profit et avantage de laquelle cette même chose aurait été promise.

Ce qui est conforme à ce que dit Paul. « Mævia avait donné en dot à son mari, entre autres choses, une créance de dix sols, qu'Otacilius devait lui payer quand elle se marierait. Son mari ne l'avait point exigée, parce qu'il ne l'avait pas pu. On demandait si, sur l'action en répétition de la dot, le mari devait restituer la somme contenue dans l'obligation. J'ai répondu que celui à qui elle avait cédé ses actions contre ce débiteur, avait pu les exercer; mais que si ce n'était pas par mauvaise foi, ni par sa faute qu'il n'avait pas pu s'en faire payer, on n'avait contre lui à cet égard ni l'action de la dot, ni celle du mandat ».

LXXII. Nous avons dit que, dans le cas où un tiers avait promis une somme d'argent, le mari n'était tenu qu'à céder ses actions, à moins que ce ne fût par sa faute qu'elles se fussent périmées.

Par la même raison, lorsque ce sont des effets qui ont été promis, si les actions qu'il avait ont aussi péri elles-mêmes, il est entièrement libéré, à moins que ce ne soit par sa faute que ces effets ne lui aient pas été remis, et qu'ils n'eussent pas dû périr aussi dans ses mains. C'est ce qu'enseigne Paul en disant : « Si celui qui devait l'esclave Stichus à la femme, a été délégué en dot, et que Stichus soit décédé avant que ce débiteur l'eût livré, dans le cas où le débiteur n'aurait pas pu le livrer (1), et où le mari n'aurait pas été en demeure de le demander, cet esclave aura péri pour la femme; et lors même que le mari eût été en demeure de l'exiger, si cependant Stichus eût dû également mourir chez lui, il ne serait pas soumis à l'action de la dot ».

ARTICLE III.

Du cas où le mari a reçu en dot la libération d'une dette.

LXXIII. L'action de la dot comprend dans ce cas la restitution du montant de son obligation, comme s'il l'avait reçu en dot, et il est indifférent qu'il en ait été libéré de plein droit, ou par exception.

Il est encore, à plus forte raison censé avoir reçu en dot ce qu'il devait, lorsqu'il en a été libéré par acceptilation, a cause de la dot, et par conséquent il doit le rendre sur l'action de la dot.

(1) Parce qu'autrement l'action subsisterait contre lui.

« Secundum quæ, constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis, is effectus erit dotis exactionis, ut, si quidem pura sit obligatio quæ acceptolata est, non ipsa jam restituenda sit; sed solvenda dos secundum sua tempora (1) ».

« Sin vero obligatio in diem fuit, nec ante solutum matrimonium dies obligationis præteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio; et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. Similique modo et si conditionalis fuerit obligatio quæ in dotem conversa est, et pendente obligatione divortium fuerit secutum : verius est obligationem sub eadem conditione restitui debere. Sed si conditio extiterit constante matrimonio (2), ex die divortii tempora exactionis numerantur ». *l.* 43 §. 1. *v. secundum quæ ff.* 23. 3. *de jure dot.* Ulp. *lib.* 3. *disp.*

Cuinam autem his casibus exactio competat, ita docet ibidem Ulpianus : « Plane secutis nuptiis mulier, soluto matrimonio, dotis exactionem habebit. Nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, condictionem habeat : tunc enim non habebit mulier actionem ». *d.* §. 1. *v. plane.*

Hinc Ulpianus : « Si cum marito debitore mulier pacta sit, ut id quod debeat, in dotem habeat, dotis actione scilicet eam agere posse existimo. Licet enim ipso jure priore debito liberatus non sit, sed tamen exceptionem habere potest (3) ». *l.* 12. §. 2. *ff. d. t. lib.* 34. *ad Sab.*

SECTIO III.

Quæ retentiones in judicio de dote *veniant, et quatenus vir judicio* dotis *teneatur.*

Articulus I.

De retentionibus quas vir in reddenda dote facere potest.

LXXIV. Ex quinque causis retentiones olim fiebant. Nimirum « retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 9.

« Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris, aut patris cujus in potestate est, divortium factum sit. Tunc enim singulorum li-

(1) Idem dicendum et si obligatio, quæ ab initio pura non fuit, constante matrimonio purificata est.

(2) Supple : non restaurabitur obligatio; sed exigetur judicio *dotis* id quod debebatur quasi vir illud acceperit; et *ex die divortii, etc.*

(3) Hanc exceptionem, quam pactum *de non petendo* parit, vir consecutus est ex causa dotis. Perinde est effectu, ac si id quod debebat, accepisset; adeoque tenetur illud judicio *dotis* restituere.

« D'où suit que la dot ayant été constituée par une acceptilation, et le mariage ayant eu lieu, la répétition de cette dot aura lieu de manière que si l'obligation dont il y a acceptilation était pure et simple, elle ne revivra pas; mais la dot sera restituée suivant le tems de sa constitution (1) ».

« Mais si cette obligation était payable à jour fixe, et que le terme n'en fût pas expiré avant la dissolution du mariage, elle serait restituée dans son premier état; et s'il y en avait eu caution, le cautionnement revivrait. Si cette obligation convertie en dot était conditionnelle, et que le divorce eût eu lieu avant l'accomplissement de la condition, elle revivrait sous la même condition; toutefois, si elle avait été remplie avant le divorce (2), elle serait exigible du jour du divorce ».

Mais à qui serait-elle payable dans ces cas? C'est ce que nous enseigne Ulpien : « Le mariage ayant eu lieu, et ayant été dissous, c'est à la femme à exercer l'action; à moins que l'acceptilation n'ait eu lieu, à condition qu'après la dissolution du mariage, l'action appartiendrait à celui qui l'aurait faite; auquel cas, la femme n'aurait pas cette action ».

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une femme, épousant son débiteur, il a été convenu qu'il aurait en dot ce qu'il lui devait, je pense qu'elle a l'action de la dot, parce que, bien qu'il ne soit pas libéré de droit, il peut cependant avoir une exception (3) ».

SECTION III.

De ce qui peut être retenu sur l'action de la dot, et jusqu'à quel point le mari est soumis à cette action.

ARTICLE I.

De ce que le mari peut retenir en restituant la dot.

LXXIV. Le mari pouvait autrefois, dans cinq ans, faire des retenues sur la dot à restituer. « On retient sur la dot, à cause des » enfans, à cause des mœurs de la femme, à raison des dépenses, » à cause des choses données, et à raison des choses distraites ».

« On retient à cause des enfans, lorsque le divorce a eu lieu par » la faute de la femme ou de son père sous la puissance duquel

(1) Il en serait de même si l'obligation qui n'était pas pure et simple, l'était devenue durant le mariage.

(2) Ajoutez : l'obligation ne sera pas rétablie dans son premier état; mais on exigera sur l'action de la dot toute la somme qui était due, comme si le mari l'eût reçue, même du jour du divorce, etc.

(3) Le mari a acquis, en raison de la dot, l'exception qui naît de la convention de ne rien demander : c'est comme si en effet il avait reçu ce qu'il devait : c'est pourquoi il est tenu de le rendre sur l'action de la dot.

berorum nomine sextæ retinentur ex dote. Non plures tamen quam tres sextæ in retentione sunt, non in petitione (1) ». *d. tit.* §. 10.

De restitutione *ob mores* diximus titulo *de divortiis*, de cæteris causis infra propriis titulis agitur.

Nec solum viro competebant hæ retentiones : sed etiam « heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt; ut hoc minus sit obligatus : veluti ob res donatas, et amotas, et impensas. Morum vero coercitionem (2) non habet ». *l.* 15. §. 1. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Observandum quod « ob donationes, item ob res amotas, ex his fructibus, qui post divortium percepti sunt (3), compensationes fieri possunt ». *l.* 7. §. 5. Ulp. *lib.* 31. *ad. Sab.*

Has omnes retentiones Justinianus penitus sustulit. *l. un.* §. 5. *eod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

Articulus II.

Quatenus vir socerve judicio dotis *teneatur?*

LXXV. Maritum in id quod facere potest condemnari, exploratum est ». *l.* 12. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

« Socero quoque cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur quod facere potest ». *l.* 15. §. *fin.* Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Quia parentis locum socer obtinet ». *l.* 16. Pompon. *lib.* 16. *ad Sab.*

LXXVI. « Rei judicatæ tempus spectatur, quatenus maritus facere potest ». *l.* 15. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Jam vero quid computatur in ejus facultatibus, ut facere posse videatur? *Facere posse* maritus etiam id videtur quod a muliere consequi (4) potest; scilicet si jam ei aliquid absit, quod pro muliere aliquid expendit, vel mandato ejus præstitit. Cæterum, si nondum ei abest, ut puta sub conditione est obligatus, nondum videtur facere (5) posse ». *l.* 28. Ulp. *lib.* 1. *inst.*

Computatur etiam quod dolo desiit facere posse.

---

(1) Ex cæteris autem causis, V. G. ob res motas, ob impensas, etiam actio datur.

(2) Vid. supra *tit.* 2. *de divortiis. n.* 11.

(3) Hos enim vir restituere debet.

(4) In bonis enim ejus est, id cujus nomine habet sibi mulierem obligatam.

(5) Nondum enim habet eo nomine mulierem sibi obligatam.

» elle était ; car on retient sur la dot un sixième pour chacun des » enfans. On ne peut cependant en retenir plus de trois sixièmes, » et qu'on ne peut pas demander (1) ».

Nous avons traité, sous le titre *du divorce*, de la retenue à cause des mœurs, nous allons traiter des autres cas de retenue sous leurs titres et séparément.

Le mari avait non-seulement le droit de faire ces retenues, mais encore « l'héritier du mari, bien que condamné à restituer la dot en entier, pourra faire compensation des sommes pécuniaires, et restituer d'autant moins ; par exemple, à cause des choses données, des choses distraites par la femme, et des dépenses faites par le mari pour elle ; mais il n'a pas le droit d'en faire pour les mœurs de la femme (2) ».

Il faut observer que « les donations et les choses soustraites par la femme peuvent être compensées avec les fruits perçus depuis le divorce (3) ».

Justinien abrogea entièrement toutes ces retenues, par la *l. un.* §. 5. *cod., sur l'action en répétition des choses qui composent la dot de la femme.*

ARTICLE II.

Jusqu'à quel point le mari ou son père sont soumis à l'action de la dot.

LXXV. « Il est notoire qu'on condamne le mari à restituer à la concurrence de ses facultés ».

« Le beau-père actionné par sa bru, jouit aussi du privilége de » n'être condamné qu'à la concurrence de ses facultés ».

« Parce qu'il est regardé comme son père ».

LXXVI. « On considère le tems de la chose jugée par rapport » aux facultés du mari ».

Voyons maintenant ce qui entre dans ses facultés. « Le mari est censé avoir dans ses facultés ce qu'il a à réclamer contre sa femme (4), c'est-à-dire, ce qu'il a dépensé pour elle, ou payé en vertu de son mandat ; mais il n'en est pas ainsi de ce qu'il n'a pas encore payé, ou de ce qu'il s'est obligé, sous condition, à payer pour elle (5) ».

On y comprend aussi ce qu'il a cessé par dol de posséder.

---

(1) On donne aussi action dans les autres cas, par exemple, à raison des choses soustraites et des dépenses.

(2) Voyez ci-dessus, le titre *des divorces*, *n.* 11.

(3) Parce que le mari doit les restituer.

(4) Parce qu'il a dans ses biens ce qu'il peut réclamer contre sa femme.

(5) Parce que sa femme ne lui doit encore rien à cet égard.

Cæterum, « licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus præstet : quum tamen quæritur in judicio de dote an facere possit, dolus duntaxat comprehenditur; quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda : quanquam eum duntaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret; non propter quemlibet alium. Ofilius autem aiebat : si dolo mariti res dotalis interisset, et alioquin solvendo non esset; quamvis nihil dolo fecisset quominus solvendo esset, perinde tamen eum damnandum ejus rei dotalis nomine, in qua dolum fecisset, atque si dolo ejus factum esset quominus facere possit. Cæterum, si circa interitum rei dotalis dolus malus et culpa mariti absit, actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, præstandas mulieri : veluti furti, vel damni injuriæ ». *l.* 18. §. 1. Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

Hoc beneficium quod marito conceditur, non tam late porrigitur quam illud quod donatori. Nam « maritus facere posse creditur nullo deducto ære alieno : item socius, item patronus, parensve. At is qui ex donatione convenietur, omni ære alieno deducto facere posse intelligitur ». *l.* 54. Paul. *lib. sing. de jure singul.*

Illud observandum est quod, « si maritus in id quod facere potest condemnatus sit, et nomina (1) sint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit; (neque) mandare (2) actiones debebit ». *l.* 43. Scævol. *lib.* 2. *quæst.*

LXXVII. Vidimus in quo hoc beneficium consistat; has autem ampliationes recipit : 1°. quod pacto contrario tolli non potest.

Quocirca « eleganter quærit Pomponius libro 15 ex Sabino : si paciscatur maritus ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere : quod quidem et mihi videtur verum. Namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere : quippe quum contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est, id esse appareat ». *l.* 14. §. 1. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

2°. Hujus beneficii illa etiam ampliatio est, quod nec per rem judicatam tollitur. Igitur, « si in judicio dotis, judex, ignorantia juris lapsus, condemnaverit maritum in solidum : Neratius et Sabinus, doli exceptione eum uti oportere aiunt, eaque tutum fore ». *l.* 17. §. 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

3°. Ampliatio est, ut non solum adversus suam uxorem vir hoc

(1) Id est, et in his bonis quæ efficiunt id quantum facere potest, *nomina sint* usque *ad dotis quantitatem.*

(2) Hæc est lectio Vulgatæ, quam sequitur Haloander, expuncto verbo *neque.* Florentina autem lectio, *neque amplius neque habebit mandare actiones*, videtur omni sensu destitui; Avelius legit, *æque habebit mandare actiones.*

Mais « bien que le mari soit garant de son dol et de ses fautes par rapport aux effets dotaux, cependant quand il s'agit de savoir ce qu'il peut payer sur l'action de la dot, on ne considère que son dol, parce qu'on ne peut pas lui imputer ses fautes par rapport à l'administration de ses propres biens, encore que je pense que ce seul dol peut seulement lui nuire, lorsqu'il l'a commis pour se dispenser de rendre toute la dot de sa femme, et non autrement. Oflius disait que s'il avait péri quelques-uns des objets dotaux, et que le mari fût devenu insolvable sans qu'il y eût dol de sa part, il devait néanmoins être condamné à payer ceux qui auraient péri par son dol, comme s'il fût devenu insolvable par le dol commis à cet égard. Au reste, le mari exempt de dol et de fautes par rapport aux objets dotaux qui ont péri, n'est tenu qu'à céder à sa femme les actions qui en seraient nées pour lui, telles que celles du vol, ou de la réparation de dommage ».

Ce bénéfice que la loi accorde au mari n'est pas susceptible d'une aussi grande extension que celui dont elle fait jouir un donateur. Car « on estime ce qu'un mari peut payer, sans déduction de ses dettes. Il en est de même d'un associé, d'un patron ou d'un parent; mais que celui qui est actionné pour ce qu'il a donné, n'est censé avoir ce qu'il a, déduction faite de toutes ses dettes ».

Il faut observer que « si le mari a été condamné à la concurrence de ses facultés, et qu'il s'y trouve des créances (1) suffisantes pour rembourser la dot, il cessera d'être tenu de céder d'autres actions (2) ».

LXXVII. Nous avons vu en quoi consiste ce bénéfice de la loi; mais il comporte quelques ampliations telles que celle-ci, 1°. ce qui ne peut être ôté par un pacte contraire.

Sur quoi « Pomponius examine judicieusement, d'après Sabinus, si, lorsque le mari a stipulé qu'il serait condamné à restituer la dot entière, et non à la concurrence de ses facultés, ce pacte doit avoir son effet, et il pense que non; décision que je crois vraie, parce qu'il est mieux de dire que ce pacte, répugne aux bonnes mœurs, comme contraire au respect qu'une femme doit à son mari ».

2°. Résulte encore de l'extension de ce bénéfice cette disposition, ce qui ne peut être ôté par la chose jugée. Ainsi, « si le juge, par ignorance du droit, a condamné le mari à restituer la dot en entier, Neratius et Sabinus disent qu'il pourra user de l'exception du dol contre la chose jugée ».

3°. Cette loi dit encore que le mari doit jouir de ce bénéfice

(1) C'est-à-dire, s'il se trouve dans ce qui compose ses facultés, des créances suffisantes.

(2) Telle est la leçon de la Vulgate que suit Haloandre, en effaçant le mot *neque*. Celle de l'édition florentine, où on lit *neque amplius, etc.*, est dépourvue de tout sens. Avelius lit *æque habebit, etc.*

beneficio gaudeat, sed et « si post divortium, mortua muliere, heres ejus cum viro parenteve ejus agat; eadem videntur de restituenda dote intervenire, quæ ipsa muliere agente observari solent ». *l.* 27. Gaius, *lib.* 11. *ad ed. prov.*

Ergo, et « si maritus minus facere potest, et dos publicata sit; in id quod facere potest, fisco maritus condemnandus est : ne in perniciem mariti mulier punita sit ». *l.* 36. Paul. *lib.* 2. *de adult.*

LXXVIII. Quasdam etiam limitationes patitur beneficium de quo agimus, nimirum ut tandiu demum virum tueatur, quandiu facere non posse pergit, et ut ad heredem viri non transeat.

Hinc Diocl. et Max. : « Nec maritus, licet post divortium, in quantum facere possit, condemnandus est postea idoneus factus, qui non reddiderat integrum, residui probabiliter solutionem recusat. At quum ejus heredes in solidum conveniendos non ambigatur, ne cum his solvendo factis experiri non possis, superstitiosam geris sollicitudinem ». *l.* 8. *cod. h. tit.* 5. 18.

Similiter Ulpianus : « Maritum, in id quod facere potest, condemnari exploratum est. Sed hoc heredi non esse præstandum ». *l.* 12. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

« Quia tale beneficium personale est, et cum persona extinguitur ». *l.* 13. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Tamen, « etiam filios mulieris qui patri heredes extiterunt, in id quod facere possunt condemnandos Labeo ait ». *l.* 18. Pomp. *lib* 16. *ad Sab.*

Igitur extranei quidem heredes mariti hoc beneficio non gaudent. Verum « alia causa est defensoris (1) quem placet sufficienter videri defendisse, si tantum uxori præstet, quantum consequeretur, si ipsum maritum convenisset ». *l.* 14. Ulp. *lib.* 37. *ad Sab.*

SECTIO IV.

Quod sit privilegium actionum de dote ?

LXXIX. Mulier pro dotis suæ restitutione privilegium habet, quo cæteris creditoribus privatis præfertur ; quia *dotium causa semper et ubique præcipua est. Nam et publice interest dotes mulieribus conservari ; quum dotatas esse fœminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. l.* 1, Pomp. *lib.* 15. *ad Sab.*

Ubi autem mulier quum republica concurrit, prælatio sumitur

(1) Ejus scilicet qui maritum defenderet.

non-seulement contre sa femme, mais aussi « contre son héritier ou son père qui aurait intenté l'action de la dot, la femme étant décédée depuis le divorce, parce qu'alors il faut observer ce qu'on aurait observé si la femme elle-même eût intenté cette action ».

Or donc, « si le mari ne peut pas restituer la dot en entier, et qu'elle ait été confisquée, il ne sera condamné envers le fisc qu'à la concurrence de ses facultés, parce qu'il ne doit pas souffrir de la punition infligée à sa femme ».

LXXVIII. Le bénéfice dont ils'agit est susceptible aussi de quelques restrictions. En effet, le mari ne peut l'invoquer que tant qu'il lui est impossible de restituer toute la dot, et ce bénéfice n'est pas transmissible à son héritier.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « On ne doit pas écouter le mari qui, ayant été condamné après le divorce, seulement à la concurrence de ses facultés, et n'ayant pas restitué la dot en entier, est devenu plus riche, et refuse de payer ce dont il en est resté débiteur; et comme il n'est pas douteux que ses héritiers ne puissent être actionnés pour le tout, vous ne devez pas douter non plus qu'ils ne puissent l'être eux-mêmes dès qu'ils seront devenus solvables ».

Ulpien dit également : « Il est notoire qu'on condamne le mari seulement à la concurrence de ses facultés ; mais que ce bénéfice ne passe pas à son héritier ».

« Parce qu'il est personnel au mari, et qu'il s'éteint avec lui ».

Cependant « Labéon dit que les enfans de la femme, héritiers de leur père, doivent également être condamnés à la concurrence de leurs facultés ».

Ainsi les étrangers héritiers du mari ne jouissent pas de ce bénéfice. Mais « il en est autrement du défenseur (1), qui est jugé avoir suffisamment défendu, s'il a payé à la femme ce qu'elle aurait obtenu contre son mari lui-même ».

SECTION IV.

Quel est le privilége des actions sur la dot?

LXXIX. La femme a, par rapport à la restitution de sa dot, le privilége d'être préférée à tous les autres créanciers de son mari, parce que « la cause de la dot passe toujours et partout la première, par la raison qu'il est de l'intérêt public que les dotes des femmes soient conservées, puisqu'il est très-nécessaire que les femmes soient dotées pour qu'elles donnent des enfans et des citoyens à la république ».

Mais lorsque la femme est en concurrence avec la république,

(1) Du mari.

ex tempore ; ut Decius rescribit. Dotis tuæ potiorem causam magis esse convenit, quam reipublicæ, cui postea idem maritus obnoxius factus est ». *l.* 9. *cod.* 5. 12. *de jur. dot.*

De hoc privilegio plura infra part. tertia ubi de restitutione dotis improprie dictæ, quæ idem privilegium habet.

Præter privilegium hujus actionis, Justinianus dedit mulieri tacitam et privilegiatam hypothecam in rebus viri; qua potior esset omnibus hypothecariis creditoribus, licet tempore prioribus. De hac vid. supra, *lib.* 20. *t.* 4. *qui pot. in pign. n.* 29.

Hæc privilegia denegantur mulieribus hæreticis. Novell. CIX.

SECTIO V.

Quando extinguantur actiones quæ de dote repetendæ competunt?

Actiones quæ ad repetendam dotem dantur, expirant, si dos in integrum soluta sit, aut redintegratum matrimonium.

Præterea, rei uxoriæ actio extinguebatur jure Pandectarum, vel sola legati agnitione quod mulieri a viro relictum esset; vel morte mulieris ante moram in reddenda dote factam, denique publicatione totius dotis.

§. I. *De solutione dotis, et redintegratione matrimonii.*

LXXX. Maxime extinguitur judicium dotis, restituta in solidum dote

Cæterum, « si fundum dotalem recepisset mulier, non habita ratione fructuum pro portione anni quo nupta non fuisset, nihilominus de dote agere potest; quia minorem dotem recepisset. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet : quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata vel hereditates quæ post (1) divortium per servos dotales adquisitæ marito fuissent». *l.* 31. §. 4. Jul. *lib.* 18. dig.

Restituta autem dos intelligetur, non solum reali solutione; sed et si mulier, soluto matrimonio, acceptum viro tulerit aut expromissorem acceperit. Tamen, « si mulier, soluto matrimonio, egentem reum dotis, per novationem, decepta accipiat, nihilominus actio dotis ei manebit ». *l.* 22. §. 2. Ulpian. *lib.* 33. *ad ed.*

(1) Id est, maxime si post divortium. Idem enim obtinet, etsi constante matrimonio acquisita sint marito; nisi ejus contemplatione relicta doceantur : ut vid. supra.

la préférence est accordée à la priorité d'hypothèque, comme le dit Decius. « Il convient que votre dot ait la préférence sur la république, envers qui votre mari s'est constitué postérieurement débiteur ».

On voit plusieurs choses concernant ce privilége dans la troisième partie de ce titre, où il s'agit de la restitution de la dot improprement dite, qui a le même privilége.

Outre le privilége de cette action, Justinien a donné à la femme, sur les biens de son mari, une hypothèque tacite et privilégiée sur ses autres créanciers, même antérieurs. Voyez sur cette hypothèque, *lib.* 20, *le titre qui traite de la priorité par rapport au gage.*

Tous ces priviléges ne sont pas accordés aux femmes hérétiques, suivant la Novelle CIX.

SECTION V.

Quand s'éteignent les actions en répétition de la dot?

Les actions en répétition de la dot s'éteignent par la restitution intégrale, ou par la réintégration du mariage.

Suivant le droit des Pandectes, l'action en répétition de la dot s'éteignait aussi par l'acceptation d'un legs laissé à la femme par son mari; par la mort de la femme avant que son mari fût en demeure de lui restituer sa dot, et enfin par la confiscation entière de cette dot.

§. I. *Du paiement de la dot, et de la réintégration du mariage.*

LXXX. L'action de la dot s'éteint surtout par son remboursement intégral.

Mais «si une femme a reçu un fonds dotal sans qu'on y ait toutefois compris les fruits du tems écoulé depuis son divorce, elle a encore l'action de la dot, parce qu'elle ne l'a pas reçue en entier, puisque ces fruits en faisaient partie, comme les enfans nés des esclaves dotaux, les legs ou les successions acquis par eux à son mari depuis le divorce (1)».

Mais la dot est censée rendue, non-seulement par un paiement réel, mais encore si la femme en a donné quittance, ou accepté une novation. « Cependant si, après la dissolution du mariage, elle a été trompée par la délégation d'un débiteur insolvable, elle aura encore l'action de la dot ».

---

(1) C'est-à-dire, surtout si c'est après le divorce; car la même chose a lieu, encore qu'ils aient été acquis au mari par les esclaves, durant le mariage, à moins qu'il ne soit prouvé que le testateur les a donnés à la considération du mari.

LXXXI. « Si mulier diverterit, et judicio de dote contestato reversa fuerit in matrimonium, redintegrato matrimonio expirat judicium, et omnia in statu pristino manent ». *l.* 19. Ulp. *lib.* 36. *ad Sabin.*

Redintegrato matrimonio non solum *rei uxoriæ* actio extinguitur, sed et actio *ex stipulatu*, quum ipsi mulieri compétit.

Hinc Modestinus : « Si mulier post divortium, antequam ex stipulatu de dote agat, ad eumdem virum fuerit reversa ; constantius dicetur, per doli exceptionem, inefficacem fieri ex stipulatu actionem usquequo matrimonium durat (1) ». *l.* 13. *ff.* 23. 3. *de jur. dot. lib. sing. de differ. dot.*

Inde est quod «usuras dotis in stipulatum cum dote post divortium deductas, ex die secundi matrimonii non esse præstandas placuit : quia nec sortis exactio locum habere ».

« Medii autem temporis debebuntur (2) ». *l.* 69. §. 2. *ff. d. t. de jur. dot.* Papin. *lib.* 4. resp.

Ita demum autem actio de restituenda dote extinguitur, si mulieri ipsi commissa erat. Nam « ad virum uxore post divortium reversa, judicium acceptum ex stipulatione, quam extraneus qui dotem dederit stipulatus fuerit, non dissolvitur (3) ; nec officio judicis absolutio continetur ». *l.* 42. §. 3. Papinianus, *lib.* 4. respons.

§. II. *De agnitione legati, morte mulieris, et dotis publicatione.*

LXXXII. Cessabat jure Pandectarum rei uxoriæ actio, si uxor legatum sibi a viro relictum agnovisset : et vice versa extinguebatur legatum, si egisset mulier rei uxoriæ actione, quæ hac in re differebat ab actione ex stipulatu. Hæc enim cum legato concurrebat ; ita tamen ut, si manifeste appareret testatorem legasse animo exsolvendæ dotis, mulier, legato semel agnito per exceptionem doli repelleretur ab actione ex stipulatu. *l. un cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

Ita autem excludenda est mulier, si legatum cum effectu agnoverit. Hinc Paulus : « Qui dotem stipulandi uxori promiserat, eidem testamento quædam legaverat ; ita tamen ne dotem ab heredibus peteret. Ea quæ legata erant, uxor capere non potuerat. Respondi, dotis actionem mulieri adversus heredes non esse denegandam ». *l.* 46. Paul. *lib.* 19. quæst.

Jure Justinianeo, rei uxoriæ actione in actionem ex stipulatu

(1) Hanc enim dotem, cujus repetitio ipsi competebat, tacite videtur constituisse secundi matrimonii nomine : ut videb. supra, *lib.* 23. *tit.* 3. *de jur. dot. n.* 26.

(2) Quasi in dotem secundi matrimonii conversæ.

(3) Vid. *lib.* 23. *tit.* 3. *de jur. dot. n.* 27.

LXXXI. « Si une femme ayant divorcé, est rentrée chez son mari après la contestation en cause sur l'action de la dot, le mariage étant réintégré, l'action de la dot est éteinte, et tout rentre dans son premier état ».

Après la réintégration du mariage, non-seulement l'action de la dot est éteinte, mais encore celle de la stipulation, si la femme avait cette action.

C'es pourquoi Modestinus dit : « Si la femme, après son divorce, agit en vertu de l'action de la dot, et revient chez son mari avant d'intenter celle de la stipulation, il faut constamment dire que l'exception du dol rend l'action de la stipulation sans effet, tant que durera le mariage réintégré (1) ».

De là vient que « il a été décidé que les intérêts stipulés après le divorce cesseraient du jour du second mariage, parce que le sort principal n'était pas exigible ».

« Mais ceux qui ont été stipulés dans l'intervalle sont dus (2) ».

L'action en restitution de la dot ne s'éteint qu'autant qu'elle avait lieu pour la femme elle-même ; car « la femme divorcée étant rentrée chez son mari, l'action de la stipulation intentée par l'étranger qui avait donné la dot, ne s'éteint pas (3), et le mari n'est pas libéré par le jugement intervenu ».

§. II. *De l'acception d'un legs, de la mort de la femme, et de la confiscation de la dot.*

LXXXII. L'action de la dot cessait, par le droit des Pandectes, quand la femme acceptait un legs que lui avait fait son mari, et réciproquement le legs s'éteignait lorsqu'elle intentait l'action de la dot, en quoi elle différait de l'action de la stipulation, qui concourait avec le legs, de manière cependant que s'il apparaissait que le testateur eût fait le legs pour se libérer de la dot, la femme, après avoir accepté le legs, était repoussée par l'exception du dol sur l'action de la stipulation.

La femme n'est non plus exclue de l'action de la dot qu'autant qu'elle a accepté le legs avec effet. C'est pourquoi Paul dit : « Celui qui avait promis une dot à une femme par stipulation, lui ayant fait un legs à condition qu'elle renoncerait à demander sa dot à ses héritiers, et elle n'avait pas pu obtenir son legs. J'ai répondu que l'action de la dot ne pouvait pas lui être refusée contre les héritiers ».

Par le droit de Justinien, l'action de la dot ayant été confon-

(1) Car elle est censée avoir tacitement constitué pour le second mariage, la dot dont elle avait l'action, comme on l'a vu *liv.* 23, au titre qui traite *du droit de la dot*. *n.* 26.

(2) Comme convertis en dot du second mariage.

(3) Voy. le titre qui traite *du droit de la dot*, *n.* 27.

transfusa, dos per legatum non consumitur; nisi specialiter pro dote fuerit relictum. *l. un cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

LXXXIII. Item olim ante prædictam constitutionem Justiniani; « post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 7.

Hodie autem, quum hæc actio transfusa sit in actionem ex stipulatu, certe ad heredem transit.

LXXXIV. Item jure antiquo, « si bona mulieris pro parte sint publicata, superest mulieri reliquæ partis dotis exactio. Plus puto, etsi post litem contestatam publicata sit pro parte dos, sufficiet arbitrium judicis ad partis condemnationem faciendam : quod si tota dos publicata sit, expirabit judicium ». *l.* 24. §. 7. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Secus hodie sublata rei uxoriæ actione, seu potius transfusa in actionem ex stipulatu; quæ, sicut ad heredem mulieris, ita ad fiscum, qui per publicationem bonorum mulieris successor ejus factus est, transit.

TERTIA PARS.

De restitutione dotis improprie dictæ.

LXXXV. Supra vidimus, *lib.* 23. *tit.* 3. de jure dot., dotem absque nuptiis esse non posse. Unde, si mulier nupserit ei cum quo nuptiæ esse non possunt, (puta servo quem forte liberum putabat, et dotis nomine quædam ei dederit) proprie non est dos. Hæc tamen quæ hoc titulo dederit, condictione sine causa repetet.

Sic accipe quod rescribit Antoninus : « Si ignorans statum Erotis, ut liberum duxisti, et dotem dedisti; isque postea servus est judicatus; dotem ex peculio recipies, et si quid præterea eum tibi debuisse apparuerit. Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur ». *l.* 3. *cod. h. tit.* 5. 18.

In ea actione fructus extantes venire procul dubio est. At vero vero « fructus ex prædiis, quæ in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem adsumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit ».

« Sumptus vero necessarios et utiles in prædia quæ dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit ». *l.* 42. §. 1. Papin. *lib.* 4. resp.

due dans celle de la stipulation, la dot n'est pas périmée par un legs; à moins que ce legs n'ait été expressément fait pour l'éteindre.

LXXXIII. Avant la constitution ci-dessus citée de Justinien, « la femme étant décédée après le divorce, on ne donnait action à » son héritier qu'autant que le mari avait été en demeure de rendre » la dot du vivant de sa femme ».

Mais aujourd'hui cette action ayant été confondue dans celle de la stipulation, passe certainement à l'héritier.

LXXXIV. Par l'ancien droit également, « si les biens de la femme avaient été en partie confisqués, elle pouvait exiger l'autre partie de la dot. Je crois même que si la dot avait été confisquée en partie, après la contestation en cause, l'opinion du juge suffirait pour lui faire adjuger l'autre partie non confisquée; mais si elle avait été confisquée en entier, la femme n'aurait plus d'action ».

Il en est autrement aujourd'hui, parce que l'action de la dot a été abolie et confondue avec celle de la stipulation, qui, comme transmissible à l'héritier de la femme, passe aussi au fisc, qui devient son successeur par la confiscation de ses biens.

TROISIÈME PARTIE.

De la restitution de la dot improprement dite.

LXXXV. Nous avons vu ci-dessus, *au titre qui traite du droit de la dot*, qu'il ne pouvait pas y avoir de dot sans mariage. De là suit que si une femme a épousé un homme à qui le mariage fût interdit; par exemple, un esclave qu'elle croyait libre, et qu'elle lui ait donné une dot, cette dot n'est pas une dot proprement dite; mais qu'elle répétera par l'action sans cause ce qu'elle lui aura donné à ce titre.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Antonin, « que si, ignorant l'état d'Eros, vous l'avez épousé comme homme libre, et lui avez donné une dot: Eros ayant été depuis reconnu esclave, vous reprendrez sur son pécule votre dot, et tout ce qu'il apparaîtra vous devoir de plus. Vos enfans, nés d'une femme libre et d'un père incertain, seront cependant réputés ingénus ou hommes libres de naissance ».

Il est hors de doute que les fruits pendans entrent dans cette action. Mais « il a été décidé que ceux des fonds de terre censés donnés en dot, comme ayant été perçus de bonne foi, et consommés pour l'entretien de la femme avant que l'état du mari fût contesté, ne peuvent pas être répétés contre lui, encore qu'il ait été déclaré esclave ».

« Mais les dépenses nécessaires et utiles, faites sur les fonds de terre censés dotaux, doivent être compensés avec les fruits perçus, et le surplus de ces fruits conservés ».

Quod si plus sit in impensa quam in fructibus, hoc casu ait Paulus : « Et si quid in eam dotem impensum est, nec a muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur ». *l.* 23. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

LXXXVI. Hæc actio idem habet privilegium, quod habet judicium dotis.

Hinc Ulpian. : « Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri : videlicet ut si sint et alii creditores, hæc præferatur circa de peculio actionem ; et, si forte domino aliquid debeat servus, non præferatur mulier nisi in his tantum rebus, quæ vel in dote datæ sunt, vel ex dote comparatæ, quasi et hæ dotales sint ». *l.* 22. §. 13. *lib.* 33. *ad ed.*

Nam « res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur (1) ». *l.* 54. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Gaius, *ad ed. prætoris urb. tit. de prædiat.*

Similiter : « Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur; exemplo dotis, condictioni (favori ratione) privilegium quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit ». *l.* 74. *ff. d. tit.* Hermogen. *lib.* 5. *juris epitom.*

Item Ulpianus : « Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen æquum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Item puta dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit; licet nondum uxor sit ». *l.* 2. §. *fin. ff.* 42. 6. *de privil. credit.* (2). Ulp. *lib.* 63. *ad ed*

« Interest enim reipublicæ et hanc solidum consequi, ut ætate permittente nubere possit ». *l.* 3. *d. t.* Paul. *lib.* 60. *ad ed.*

« Dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium ». *l.* 4. *d. t.* Ulp. *lib.* 63. *ad ed.*

LXXXVII. Quum vir deceqtus est dolo ejus qui hanc dotem improprie dictam dedit, condictio sine causa quæ adversus virum competit, excluditur per exceptionem doli; quatenus vir, si vera dos et justæ nuptiæ fuissent, eam lucraturus fuisset.

Hinc, quum quis virginem nondum viri potentem nuptui tra-

(1) Non dicit esse *dotales;* et revera non sunt dotales. (*l.* 15. *cod.* 14. 2. *de jur. dot.*) sed *videntur esse :* hoc sensu, quod utilis earum rerum vindicatio mulieri detur; quum aliunde dotem suam servare non potest. Unde fit ut socer *de peculio* conventus, non possit ex his rebus deducere quod sibi a filio debetur : quum per hanc utilem vindicationem eximantur e peculio.

(2) Privilegium illud est personale.

Paul dit, sur les cas où les dépenses ont excédé la valeur des fruits, que «s'il a été dépensé pour la dot, quelque chose que la femme n'ait pas rendu, il sera conservé par l'exception de la mauvaise foi ».

LXXXVI. Cette action a le même privilége que celle de la dot ».

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si une femme s'est trompée sur la condition de son mari, et qu'elle l'ait cru libre tandis qu'il était esclave, il faut lui accorder une espèce de privilége sur les biens du mari, c'est-à-dire, que s'il en a, et qu'il ait d'autres créanciers, elle doit leur être préférée sur l'action du pécule; mais que s'il doit quelque chose à son maître, elle ne lui soit préférée que pour ce qu'elle a apporté en dot, ou ce qui en a été acquis, comme étant des biens dotaux ».

Car « les choses achetées de l'argent qui provenait de la dot sont censées dotales (1) ».

De même, « si une fiancée a donné une dot, et que le mariage n'ait pas eu lieu, ou si une mineure de douze ans a été regardée comme femme mariée, il a été décidé par faveur qu'on leur donnerait une action à l'instar de la dot, et qui en aurait le privilége personnel.

Ulpien dit aussi : « Si une fiancée a donné une dot et a renoncé à son mariage, quand elle intenterait l'action de la dot, il faudrait encore l'admettre au privilége de cette action, quoiqu'il n'y ait point eu de mariage. Je pense qu'il faut en dire autant d'une mineure de douze ans, conduite dans la maison d'un homme comme sa femme, bien qu'elle ne le fût pas encore ».

« Car il est de l'intérêt général qu'elle recouvre toute sa dot, pour se marier quand l'âge le lui permettra ».

« Nous donnerons aussi ce privilége à la femme elle-même dans ces cas (2) ».

LXXXVII. Quand le mari a été trompé par le fait du dol de celui qui a donné cette dot improprement dite, l'action sans cause qu'on aurait contre lui serait repoussée par l'exception du dol, autant que le mari aurait dû gagner cette dot, s'il y eût eu un mariage légitime.

C'est pourquoi, si un individu a donné une fille non encore

(1) Il ne dit pas qu'elles sont dotales, et en effet elles ne le sont pas, d'après la *l. 4. au cod. sur le droit de la dot*; mais qu'elles sont censées l'être, en ce sens qu'on accorde à la femme une action utile en revendication, lorsqu'elle ne peut les recouvrer autrement; ce qui fait que le beau-père, sur l'action du pécule, ne peut pas déduire ce que son fils lui doit, parce que, par cette action utile en revendication, ces choses sont retranchées du pécule.

(2) Ce privilége est personnel.

didit, et pro ea dotem dedit, ait Ulpianus : « Quod si intra duodecim annos hæc decesserit, quum haberet dotem ; putat Julianus si dolo malo conversatus sit is, ad quem dos pertinet (1), posse maritum doli mali exceptione condicentem summovere, in casibus in quibus dotem vel in totum (2), vel in partem, constabat matrimonium, fuerat lucraturus ». *l.* 11. §. 4. *ff.* 27. 6. *quod falso tut. lib.* 35. *ad ed.*

QUARTA PARS.

De condictione, quæ ex lege Julia et Papia, competit mulieri, ad restitutionem eorum quæ vir consecutus est ex jure patronatus in servos dotales ab ipso manumissos.

LXXXVIII. Ut probe intelligamus quando locum habeat hæc condictio, de qua etiam in hoc titulo agitur, tres casus distinguendi sunt. Aut enim vir manumisit, invita uxore, aut ea consentiente eo animo ut viro donaret, aut ea consentiente quidem, sed non donationis causa.

De primo casu ita Papin. : « Dotalem servum vir invita uxore manumisit (3). Heres solus vir a liberto institutus, portionem hereditatis, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere (4) debet : alteram vero portionem, dotis judicio (5), si modo uxor manumittenti refragatur ». *l.* 61. Ulpianus, *lib.* 11. *quæst.*

Secundo casu : « Quod si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit ; quum donare ei mulier voluit, nec de libertatis causa impositis ei præstandis tenebitur ». *l.* 62. Ulpian. *lib.* 33. *ad ed.*

« Et desinit servus in dote (6) esse : quia cui manumittendi

(1) Puta pater qui pro ea dotem dabat, si mentitus sit eam viri potentem esse.

(2) Vid supra *n.* 1 et 3.

(3) Manumissio valet : vir enim dominus est rerum dotalium.

(4) *Condictiones ex lege* Papia, quæ jubet restitui hoc casu quicquid vir consecutus est ex jure patronatus quod refragante uxore est adeptus, de qua vide Cujac. *lib.* 2. *observ. cap.* 34.

(5) Non *condictione ex lege Papia* ; quia hanc portionem aliunde quam ex jure patronatus est adeptus. *Dotis* autem judicio restituit, quia ex dotis causa hoc lucrum sensit.

(6) Potest mulier proprium servum donare viro manumissionis gratia. Pari ratione potest manumissionis gratia concedere viro servum dotalem, ita ut desinat esse dotalis ; quo casu, nihil maritus tenebitur restituere.

nubile en mariage à un autre, et lui a constitué une dot, Ulpien dit : « Que si elle meurt avant d'avoir atteint sa douzième année, Julien pense que si celui à qui appartient sa dot s'est rendu coupable de quelque dol (1), le mari actionné par lui peut le repousser, par l'exception de la mauvaise foi, dans les cas où il aurait gagné la dot en tout ou en partie (2), s'il y eût eu mariage ».

QUATRIÈME PARTIE.

De l'action donnée à la femme par la loi Julia *et* Papia, *pour la restitution des sommes que le mari a retirées en vertu du droit de patronage des esclaves dotaux qu'il a affranchis.*

LXXXVIII. Pour bien entendre quand a lieu l'action dont il s'agit dans ce titre, il faut distinguer trois cas. En effet, le mari a affranchi les esclaves dotaux sans le consentement de sa femme, ou avec son consentement, dans la vue de lui faire une donation; ou de son consentement, mais toutefois sans avoir cette intention.

Sur le premier cas, Papinien dit : « Un mari a affranchi un esclave dotal malgré sa femme (3). S'il a été ensuite institué seul héritier par cet affranchi, il doit restituer (4) la portion de l'hérédité qu'il eût pu obtenir comme patron; il doit aussi restituer l'autre portion sur l'action de la dot (5), si la femme s'est opposée à son affranchissement ».

Sur le second cas, « que si le mari a affranchi des esclaves dotaux avec le consentement de sa femme, et qu'elle ait voulu lui faire une donation, il ne sera pas tenu de lui rendre ce qu'il aura obtenu de ses esclaves pour prix de leur liberté ».

« Et ces esclaves ne font plus partie de la dot (6), parce que

(1) Par exemple, si le père qui a donné la dot pour elle, en a imposé en disant qu'elle était nubile.

(2) Voy. ci-dessus *n.* 1 et 3.

(3) Cet affranchissement est valide, parce que le mari est le maître des biens dotaux.

(4) Sur l'action de la loi *Papia*, qui ordonne au mari de restituer, dans ce cas, tout ce qu'il a reçu comme patron, sans le consentement de sa femme. Sur quoi voy. Cujas.

(5) Non pas sur l'action de la loi *Papia*, parce qu'il a reçu cette portion en vertu d'un autre droit que celui de patronage; mais il l'a restituée sur l'action de la dot, parce qu'il l'a reçue à cause de la dot.

(6) Une femme peut donner son propre esclave à son mari pour l'affranchir : par la même raison, elle peut lui donner un esclave dotal de la même manière, de façon qu'il cesse d'être dotal; auquel cas le mari n'est passible d'aucune restitution.

causa donare liceret, ei quodammodo donaret quod permitteret manumittere ». *l.* 63. Paul. *lib.* 2. *ad l. Jul. et Pap.*

Tertio casu : « Si vero negotium gerens mulieris non invitæ, maritus dotalem servum voluntate ejus manumiserit, debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit ». *l.* 64. Ulp. *lib.* 7. *ad l. Jul. et Pap.*

De his duobus ultimis casibus similiter alibi dicitur. « Si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit; si quidem donare ei mulier voluit; nec de libertatis causa impositis ei præstandis tenebitur. Quod si negotium inter eos gestum est; utique tenebitur, ut officio judicis caveat restiturum se mulieri, quicquid ad eum ex bonis liberti, vel ex obligatione (1) pervenisset ». *l.* 24. §. 4. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

LXXXIX. Hac autem condictione ex lege Papia quæ primo et tertio casu competit, id vir præstare debet, quod ad eum pervenit quasi in pretium libertatis concessæ, aut ex causa juris patronatus.

Igitur, « sed et si quid libertatis causa maritus ei imposuit, id uxori præstabit ». *d. l.* 64. §. 1.

Neque solum in ipsa manumissione, « sed et si post manumissionem aliquid ei fuerit liberto impositum (2), id uxori præstandum est ». *d. l.* 64. §. 3.

« Plane si operæ fuerint (2) marito exhibitæ, non æstimatio earum; non erit æquum hoc nomine uxori maritum quippiam præstare ». *d. l.* 64. §. 2.

« Sed et si reum (3) maritus acceperit, ad promissoremve, æque adversus ipsum obligationem debet præstare ». *d. l.* 64. §. 4.

« Item, quicquid ad eum ex bonis liberti pervenerit, æque præstare cogetur; si modo ad eum, quasi ad patronum, pervenerit ».

« Cæterum, si alio jure, non cogetur præstare. Nec enim beneficium quod in eum libertus contulit, hoc uxori debet; sed id tantum quod jure partronatus adsequitur vel adsequi potuit. Plane si ex majore parte quam debet, heres scriptus fuerit; quod amplius est, non præstabit (4). Et si forte quum ei nihil deberet li-

(1) Quam manumissus libertatis causa contraxit.

(2) Libertatis contemplatione.

(3) Qui pro libertate huic servo præstanda aliquid spopondisset.

(4) Non præstabit hac *condictione ex lege* Papia. Cæterum, si uxore invita manumisit, præstabit judicio *dotis*; ut dictum est supra *n.* 88.

celui qui peut donner un esclave pour l'affranchir est censé le donner de cette manière, en consentant à son affranchissement ».

Sur le troisième cas, « que si le mari a affranchi un esclave dotal, comme faisant les affaires de sa femme, sans qu'elle y ait consenti, mais sans qu'elle s'y soit opposée, il doit lui restituer tout ce qu'il en a retiré ».

Le même principe est reproduit ailleurs sur les deux derniers cas. « Si un mari a affranchi des esclaves dotaux du consentement de sa femme, et qu'elle ait voulu lui faire une donation, il ne lui devra rien restituer de ce qu'il en aura retiré; mais s'il les a affranchis comme faisant l'affaire de sa femme, le juge devra d'office le condamner à lui restituer tout ce qu'il aura retiré des obligations par eux contractées (1) pour leur affranchissement, ou de leur succession après cet affranchissement ».

LXXXIX. Mais par cette action de la loi *Papia* que l'on peut invoquer dans le premier et troisième cas, le mari doit rendre ce qu'il a reçu, comme prix de la liberté qu'il a donnée, ou en vertu de son droit de patronage.

Ainsi « le mari doit rendre à sa femme ce qu'il a exigé de ses esclaves pour les affranchir ».

Et il ne doit pas seulement lui rendre ce qu'il en a reçu lors de leur affranchissement, mais encore ce qu'il a exigé depuis (2) doit être pareillement rendu ».

« Et si le mari en a voulu rendre des travaux, et non le prix de ces travaux, il n'est pas juste qu'il soit tenu d'en rien restituer à sa femme ».

« Mais si un esclave lui a donné un garant, ou quelqu'un qui se soit engagé pour lui (3), il est tenu de céder ses obligations à sa femme ».

« Il sera pareillement juste de le forcer à rendre ce qu'il aura reçu des biens d'un affranchi, pourvu qu'il l'ait reçu comme patron ».

« Mais s'il l'a reçu à tout autre droit, il ne sera pas forcé de le rendre, parce qu'il n'est pas obligé de tenir compte à sa femme des services que lui a rendus un affranchi, mais seulement ce qu'il en a reçu en vertu de son droit de patronage. Il ne lui rendra pas même ce qu'il aurait reçu par son testament de plus que cet affranchi ne devait lui laisser (4); et si cet affranchi ne lui

(1) Qu'ils ont contractées pour prix de leur liberté.

(2) En considération de leur liberté.

(3) Qui a promis quelque chose pour l'affranchissement de cet esclave.

(4) En vertu de l'action de la loi *Papia* : mais s'il a fait cet affranchissement malgré sa femme, il lui en tiendra compte sur l'action de la dot, comme on l'a dit ci-dessus, n. 88.

bertus, heredem eum scripsit; nihil uxori restituet (1) ». *d. l.* 64. §. 5.

XC. « Dabit autem (ut ait lex) *quod ad eum pervenit*. Pervenisse accipimus, sive jam exegit, sive exigere potest, quia actio ei delata est ». *d. l.* 64. §. 6.

Quod ait lex, *quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato*, ostendit æstimationem hereditatis vel bonorum liberti, non ipsam hereditatem voluisse legem præstare : nisi maritus ipsas res tradere maluerit; et hoc enim benignius admitti debet ». *d. l.* 64. §. 10.

« Adjicitur in lege, ut, et *si dolo* malo aliquid factum sit quominus ad eum perveniat, teneatur ». *d. l.* 64. §. 7.

De eo autem quod ad eum non pervenit nec ad heredem ejus, non tenetur. Unde, « si filium exheredaverit patronus, et ad eum bona liberti (2) pertineant, videndum est an heres hoc nomine teneatur? Et quum nihil, neque ad ipsum patronum, neque ad heredem ejus perveniat, quomodo fieri potest ut hoc nomine teneatur »? *d. l.* 64. §. 8.

XCI. « Hæc actio etiam constante matrimonio (3) mulieri competit ». *l.* 65. Scæv. *lib. sing. quæst. publice tractatarum.*

XCII. Illud superest observandum, quod « de viro heredeque ejus lex tantum loquitur : de socero successoribusque soceri nihil in lege scriptum est. Et hoc Labeo quasi omissum annotat. In quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda ». *d. l.* 64. §. 9.

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

De impensis in res dotales pactis.

I. Ultimo libris præcedentis titulo vidimus virum, soluto matrimonio, actione rei uxoriæ conventum, retentionem habere propter impensas quas in dotem fecit. Hinc, Pandectarum ordinatores subjiciunt hunc titulum *de impensis in res dotales factis.*

Earum autem « impensarum quædam sunt necessariæ, quædam utiles, quædam vero voluptariæ ». *l.* 1. Ulpianus, *lib.* 36. *ad Sab.*

(1) Vid. not. præced.

(2) Qui post mortem patroni mortuus est.

(3) Judicium autem *dotis* regulariter non nisi soluto matrimonio.

devant rien, l'a fait son héritier, il ne sera à cet égard tenu d'aucune restitution envers sa femme (1) ».

XC. « Mais il lui donnera, comme dit la loi, ce qui lui en sera parvenu ; c'est-à-dire, ce qu'il en aura exigé ou pourrait en exiger, parce que l'action lui en est déférée ».

« Ce que dit la loi, *quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato*, fait voir que la loi n'a pas voulu que le mari fût tenu de rendre l'hérédité d'un affranchi à sa femme, mais seulement la valeur de cette hérédité, à moins qu'il ne le préférât ; et cette interprétation doit être suivie comme plus conforme à l'équité ».

« La loi ajoute que s'il a été fait quelque chose par mauvaise foi, pour empêcher qu'il ne lui en parvînt rien, il en sera tenu ».

Mais il ne sera pas tenu de ce qui ne sera parvenu ni à lui ni à son héritier. C'est pourquoi, si un patron a deshérité son fils, et que les biens d'un affranchi (2) lui appartiennent, il faut voir si son héritier en sera tenu ; mais rien n'en étant parvenu ni à ce patron, ni à son héritier, comment pourrait-il se faire que celui-ci en fût tenu » ?

XCI. « La femme a aussi cette même action durant le mariage (3) ».

XCII. Il reste à observer que « la loi ne parle que du mari et de son héritier. Elle ne dit rien du beau-père ni de ses successeurs, et Labéon remarque ce silence comme une omission. Dans les cas donc où la loi se tait, on ne peut pas donner une action utile ».

LIVRE VINGT-CINQUIÈME.

TITRE I.

Des impenses faites pour les biens dotaux.

I. Nous avons vu dans le dernier titre du livre précédent, que le mari contre qui sa femme avait intenté l'action de la dot après la dissolution du mariage, pouvait retenir sur la dot les impenses qu'il avait faites pour les biens dotaux. C'est pourquoi les rédacteurs des Pandectes y ont fait succéder ce titre : *des impenses faites pour les biens dotaux.*

« De ces impenses, les unes sont nécessaires, d'autres sont utiles, et d'autres ne sont que de luxe ou voluptuaires ».

---

(1) Voy. la not. précédente.

(2) Qui est mort après le patron.

(3) Mais l'action de la dot n'a régulièrement lieu qu'après la dissolution du mariage.

Quædam etiam impensæ pro muliere licet extra causam dotis factæ, retentioni locum dare possunt.

§. I. *De impensis necessariis.*

II. *Necessariæ* hæ dicuntur, quæ in se habent necessitatem impendendi. Cæterum, si nulla fuit necessitas, alio jure habentur ». *d. l.* 1. §. 1.

« Impensæ necessariæ sunt, quæ, si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit ». *l.* 79. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 6. *ad Plaut.*

« Et in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri ». *l.* 4. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

III. Igitur « impensæ necessariæ sunt, quibus non factis dos imminuitur: veluti aggeres facere; flumina avertere; ædificia vetera fulcire, itemque reficere; arbores in locum mortuarum reponere ». *l.* 14. Ulp. *lib.* 5. reg.

Item « inter necessarias impensas esse Labeo ait, moles in mare vel flumen projectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait. Proinde Fulcinius inquit : Si ædificium ruens quod habere mulieri utile erat, refecerit; aut si oliveta rejecta (1) restauraverit; vel ex stipulatione damni infecti, ne committatur, præstiterit ». *sup. d. l.* 1. §. *fin.*

« Vel in valetudinem servorum impenderit ». *l.* 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Vel si vites propagaverit; vel arbores curaverit; vel seminaria pro utilitate agri fecerit : necessarias impensas fecisse videbitur ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

IV. Impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt, modo duo concurrant : 1°. si in ipsam dotem factæ sint; 2°. si non ad ordinarium rerum dotalium tutelam pertineant.

Et 1°. « in necessariis impensis hoc sciendum est, eas impensas dotem minuere, quæ in dotem factæ sunt. Cæterum, si in dotem factæ non sint, non habent in se reputationem ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Nam quod dicimus, necessariis impensis ipso jure minui dotem, « hoc de his impensis dictum est, quæ in dotem ipsam factæ sint. Cæterum si extrinsecus, non imminuent dotem ». *l.* 5. *hoc de his. ibid.*

---

(1) Haloander legit *defecta*.

Certaines dépenses faites pour la femme, et étrangères à sa dot, peuvent encore être réclamées sur cette dot.

§. I. *Des impenses nécessaires.*

II. « On appelle impenses *nécessaires* les impenses qui emportent la nécessité de leur existence; et hors le cas de leur nécessité, elles ont un autre caractère en droit ».

« Les impenses nécessaires en droit sont celles dont l'absence aurait fait périr ou aurait détérioré la chose ».

« Et, en général, on comprend dans cette dénomination toutes les dépenses que le mari ne pouvait se dispenser de faire sans être condamné à une indemnité proportionnée à l'intérêt qu'avait sa femme à ce qu'elles fussent faites ».

III. Ainsi « les impenses nécessaires sont celles sans lesquelles la dot serait diminuée, telles que celles qu'exige la construction des digues pour détourner les eaux, pour étayer ou réparer de vieux édifices, et replanter des arbres à la place de ceux qui sont morts ».

Et « Labéon dit qu'il faut mettre au rang des impenses nécessaires les môles projetés dans la mer ou dans la rivière, et même un grenier ou un moulin, qui étaient indispensables. Enfin, suivant Fulcinius, si un mari a bâti un édifice utile à sa femme, rétabli une plantation d'oliviers en remplaçant ceux qui manquaient (1), ou empêché qu'elle n'encourût une peine stipulée pour un dommage prévu, ces dépenses seront regardées comme nécessaires ».

« Comme aussi ce qu'il aura dépensé pour la guérison des esclaves dotaux ».

« Ou pour faire faire des provins, pour faire tailler des arbres, ou pour l'établissement des pépinières, afin de tirer un meilleur parti du fonds de terre ».

IV. Les impenses nécessaires diminuent de plein droit la dot, si deux choses concourent, 1°. si elles sont faites pour la dot elle-même; 2°. si elles ne sont pas des charges ordinaires de l'entretien des biens dotaux.

Et 1°. « il faut savoir, par rapport aux impenses nécessaires, qu'elles diminuent la dot si elles sont faites pour la dot; mais qu'autrement on ne peut pas les imputer sur la restitution de cette même dot ».

Et en effet, quand nous disons que les impenses nécessaires se déduisent de la dot, « cela s'entend de celles qui ont été faites pour la dot, et non de celles qui ont eu un objet qui y était étranger ».

---

(1) Haloandre lit *defecta*.

Quod igitur propter fructus quærendos impenditur magis quam propter ipsas res dotales, dotem non minuit.

Hinc Neratius : « Et ante omnia, quæcumque impensæ quærendorum fructuum causa factæ erunt, (quamquam eædem etiam colendi causa fiunt ; ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem ; speciemque ejus necessariæ sint) eas vir ex suo facit, nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem ». *l.* 16. *lib.* 6. membr.

Consonat Ulpianus : « Nos generaliter definiemus multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructum. Si in præsentis, cum fructibus hoc compensandum ; si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum ». *l.* 3. §. 1. *lib.* 36. *ad Sab.*

V. 2°. Impensa necessaria, ut dotem ipso jure minuat, ea esse debet quæ non ad ordinariam rerum dotalium tutelam, quæ fructuum onus est, pertineat.

Hinc Neratius : « Quod dicitur, impensas, quæ in res dotales necessario factæ sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit. Nam *tueri res dotales vir suo sumptu debet.* Alioquin, tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quævis modica ædificiorum dotalium refectio, et agrorum quoque cultura, dotem minuent : omnia enim hæc in specie necessariarum sunt. Sed ipsæ res ita præstare intelliguntur (1), ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris ». *l.* 15. *lib.* 2. membr.

Hinc quando agitur judicio de dote : « Omnino et in ædificandis ædibus, et in reponendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum, modicas impensas non debet arbiter curare. Alioquin, negotiorum gestorum potius (2) quam de dote judicium videbitur » *l.* 12. Paul. *lib.* 7. *ad. Sab.*

Item, « si quid in pueros ex ancillis dotalibus natos maritus impenderit, aut in doctrinam, aut alimenta, non servatur marito ; quia ipse ministeriis eorum utitur. Sed illud servatur, quod nu-

(1) Sensus est : *res ipsæ* ita reditum *præstare intelliguntur, ut non tam in eas* hoc *impendisse videaris, quam* potius, *deducto eo* impensarum genere, reditus tanto *minus ex his* rebus *percepisse.* Idem ac si diceret : hoc impensæ genus, magis fructuum quam ipsius rei onus esse videtur.

(2) Hæc reputat negotiorum gestor ; quia fructuum quos percepit, rationem reddit. Maritus autem quum fructus suos faciat, non debet has modicas impensas reputare in judicio *de dote.*

Les dépenses faites plutôt pour faire produire des fruits qu'on a recueillis, que pour améliorer le terrain, ne diminuent donc pas la dot »?

C'est pourquoi Nératius dit : « Et avant toutes choses, les dépenses quelconques faites pour faire produire des fruits (bien qu'elles soient nécessaires pour la culture des terres, pour leur entretien, et celui de leur valeur), doivent être supportées par le mari, sans qu'il puisse à cet égard user de compensation ».

A quoi est conforme ce que dit Ulpien : « Nous déciderons en général, qu'il faut bien distinguer ce qui se fait pour l'utilité perpétuelle d'un fonds de terre, de ce qui ne lui sera utile que pour quelque tems, ou même pour lui faire produire la récolte de l'année courante. Ce qui n'est utile qu'à la récolte d'une année se compense avec cette récolte, et ce qui doit l'être pour plusieurs années est réputé impenses nécessaires ».

V. 2°. Pour être réputée nécessaire et diminuer la dot de droit, une dépense doit être telle qu'elle ne concerne pas l'obligation de conserver les biens dotaux, obligation qui est compensée par le droit d'en percevoir les fruits.

C'est pourquoi Neratius objecte : « Quand nous disons que les impenses qu'on a nécessairement faites pour les biens dotaux diminuent la dot, nous entendons par-là ce qu'on a fait outre ce que comportait l'obligation d'entretenir ces biens dotaux ; car le mari doit entretenir les biens dotaux à ses frais ; autrement les alimens fournis aux esclaves dotaux, les plus petites dépenses faites pour l'entretien des maisons, et celles qu'exige la culture des terres, qui sont des dépenses nécessaires, diminueraient la dot ; et cependant celui qui a satisfait à ces prestations diverses, au lieu d'avoir fait des dépenses imputables, est seulement (1) réputé avoir retiré des fruits ce qu'il avait dépensé de moins qu'il n'en a reçu ».

« C'est pourquoi, sur l'action de la dot, « le juge compte pour rien les petites dépenses faites pour l'entretien des maisons et des vignes, et pour la guérison des esclaves dotaux, lesquelles dépenses sont passées en compte sur l'action de la gestion des affaires, mais non sur celle de la dot (2) ».

Et « si un mari a fait quelques dépenses pour les enfans nés d'esclaves dotaux, pour les alimenter, ou les faire élever, il ne peut prétendre à ce qu'on lui en tienne compte, lorsqu'il a joui

(1) Le sens est que les choses elles-mêmes sont censées produire un revenu tel que le mari soit moins présumé avoir dépensé pour elles, qu'avoir retiré de moins ce qu'il a dépensé : c'est comme si on disait que cette espèce de dépense est moins la charge de la chose que celle de ses fruits.

(2) Un agent d'affaires les met en compte, parce qu'il rend compte des fruits ; mais le mari ayant fait les fruits siens, ne doit pas compter ces menues dépenses sur l'action de la dot.

trici datum est ad educandum, quia pro capite id dedisset (1); quemadmodum si à prædonibus redemisset servos dotales ». *l.* 28. §. 1. *ff.* 24. 1. *de donat. int. vir. et uxor. ibid.*

Item, « neque stipendium, neque tributum ob dotalem fundum præstita, exigere vir à muliere potest: onus enim fructuum hæc impendia sunt ». *l.* 13. Paul. *lib.* 7. breviam.

« Quæ autem impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant; non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum æstimari possunt». *l.* 15. *v. fin.* Neratius, *lib.* 2, membr.

VI. Vidimus quæ impensæ dotem minuant. At « quod dicitur, necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis (2) esse; sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur (3) ».

« Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scævola noster dicebat; nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit ».

« (Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariæ impensæ in fundum factæ, Nerva ait dotem pecuniariam minui) ».

Quid ergo (4) si mulier impensas marito solverit? utrum cres-

(1) Id est, *quia illud quod nutrici datum est ad educandum* servum, *pro* ipso *capite* servi datum est, non prò ejus ministerio.

(2) Impensæ enim non corpora dotalia minuunt (quod absurdum esset), sed universam dotem; seu quantitatem quæ ex omnium rerum dotalium æstimatione conficitur.

(3) Dices : nil ergo differunt impensæ necessariæ, ab utilibus propter quas etiam vir jus retentionis habet? Differunt prorsus : deductio enim impensarum necessariarum, est juris, at deductio impensarum utilium est facti, et debet opponi. Unde si, his non deductis, solverit vir, non videtur plus solvisse quam debet : impensæ autem necessariæ, quum ipso jure minuant dotem, si, his non servatis, vir omnes res dotales imprudens restituerit, habebit condictionem, quasi plus debito solverit : infra *n.* 7.

(4) Quod mox dixit Nerva, absque dubio est. Supra dictam autem Scævolæ sententiam hic Paulus confutat. Si, inquit, species in dotem datæ desinerent esse dotales (ut vult Scævola) pro rata pecuniæ quam maritus in dotem impendit; aut etiam in totum, si tantum impendit quanti hæ species sunt, sequentur absurda. Nam sequeretur, reddita postea marito hac quam impendit pecunia, *dotem crescere*, aut etiam dotem quæ in totum esse desierat, *ex integro constitui* : quod sane nemo dixerit; neque enim talis solutio, pro constitutione dotis haberi potest. *Cujus rei* seu sententiæ (pergit Paulus) *manifestior iniquitas in fundo est*; id est, manifestior absurditas

de leurs travaux ; mais il en est autrement de ce qu'il a payé à leur nourrice et pour leur éducation, parce que c'est les acheter (1), et que c'est comme s'il les eût rachetés des ennemis ».

Le mari ne peut pas non plus compter à sa femme les impôts qu'il a payés pour les fonds de terre, parce que les impôts sont la charge des fruits ».

« Il est également plus difficile de définir en général quelles dépenses diminuent la dot, d'après la distinction ci-dessus, que de de juger celles qui sont dans ce cas par leur espèce et leur étendue ».

VI. Nous avons vu quelles impenses diminuent la dot. Mais « ce qu'on dit que les impenses nécessaires diminuent de plein droit la dot, ne veut pas dire que si la dot se compose d'un fonds de terre, ce fonds de terre cesse en partie d'être dotal (2); mais que si la dépense n'est pas remboursée, le mari pourra retenir une partie du fonds de terre, ou le fonds de terre en entier (3) ».

« Mais si le mari a dépensé pour le fonds de terre à la concurrence de toute sa valeur, notre Scævola dit qu'il cesse d'être dotal, à moins que sa femme ne lui ait volontairement offert de le rembourser dans l'année ».

« Si la dot se compose d'un fonds de terre et d'une somme d'argent, et qu'il ait été fait des impenses nécessaires pour le fonds de terre, suivant Nerva, elles doivent être imputées sur la somme d'argent ».

« Que faut-il donc dire (4) si la femme les a remboursées à son

---

(1) C'est-à-dire, parce qu'en effet ce qu'il a donné à une nourrice pour élever cet esclave, il l'a donné pour l'acquérir, et non pour jouir de ses services.

(2) Parce que ces dépenses ne diminuent pas le fonds de terre (ce qu'il serait absurde de dire), mais seulement la quantité de la dot ou de sa valeur totale.

(3) Les impenses nécessaires, dira-t-on, ne diffèrent donc pas des impenses utiles pour lesquelles le mari a le droit également de retenir le fonds de terre. Elles en diffèrent beaucoup, puisque la déduction des unes est de droit, et que celle des autres n'est que de fait, et doit être opposée. C'est pourquoi si le mari a restitué la dot sans déduire les dernières, il les perd ; au lieu que s'il a restitué toute la dot sans retenir les impenses nécessaires, comme elles diminuent la dot de droit, il aura pour les réclamer l'action du paiement indûment fait. Voy. ci-après *n.* 7.

(4) Il n'y a aucun doute sur ce que vient de dire Nerva ; mais Paul réfute ici l'opinion ci-dessus de Scævola. Si, dit-il, les espèces données en dot cessaient d'être dotales, comme le veut Scævola, au prorata des sommes dépensées pour elles, ou en entier, dans le cas où ces impenses en égaleraient la valeur, il en résulterait des conséquences absurdes ; car il s'ensuivrait que le mari étant remboursé de ces mêmes impenses, la dot serait augmentée, ou qu'ayant cessé d'exister, elle serait de nouveau constituée ; ce qu'il est impossible de penser, puisque ce remboursement ne peut pas être regardé comme une constitution de dot. L'absurdité de cette opinion,

cet dos, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scævolæ nostri sententiam. Nam, si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus, quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur ». *l.* 56. §. 3. *ff.* 23. 3. *de jure dot.* Paul. *lib.* 6. *ad Plaut.*

Ea de re etiam ita Ulp. : « Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait), non ut ipsæ res corporaliter diminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus; etenim absurdum est diminutionem corporis fieri propter pecuniam : cæterum (1), hæc res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur (2) maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat. Non enim ipso jure corporum, sed dotis (3) fit diminutio. Ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri? Ubi non sunt corpora (4), sed pecunia : nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri. Proinde, si æstimata (5) corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas (6) necessarias ». *l.* 5. *lib.* 36. *ad Sab.*

---

oritur, si fundus in dotem datus sit. *Nam si*, ex Scævolæ sententia, is fundus propter impensas in dotem factas *desinit esse dotalis*, sequetur eum jam posse alienari. Quomodo autem poterit rursus fieri dotalis *data pecunia*; id est, soluta postea marito quam impendit pecunia? Quam vim habere potest hæc pecuniæ viro debitæ solutio, ut dotalem efficiat eum fundum qui dotalis esse desierat, et quem vir alienare potuit? An dicet Scævola hunc fundum non fieri rursus dotalem; sed jam hanc *pecuniam* quæ pro restitutione impensarum solvitur, *in dote esse* videri? quod adhuc absurdius est. Tandem ita concludit Paulus; *magis est ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.* Quasi diceret; magis est ut, etsi maritus tantum impenderit in dotem quanti ager est; non tamen is fundus possit alienari, nec omnino desinat esse dotalis : sed hoc tantum vir consequatur ut, nisi reddatur impensa, possit eum retinere; qua reddita, ager perfecte *in causam dotis* revertetur : id est in ea causa erit ut absque ullius exceptionis metu, mulieri soluto matrimonio sit in specie restituendus.

(1) Id est, alioquin : quod esset absurdum.

(2) Hoc igitur tantum consequetur maritus, ut maneat, etc.

(3) Dos in abstracto et separatim corporibus considerata, videtur diminuta; non vero ipsa corpora.

(4) *Ubi* in dote *non sunt* tantum *corpora*, *sed* etiam *pecunia*. Hoc enim casu, tanta pecunia in dote esse desinit, quanta fuit impensa.

(5) Nam, hoc casu, non corpora, sed eorum æstimatio quæ in pecunia consistit, in dote est.

(6) Quæ factæ sunt in alia corpora dotalia inæstimata.

mari? La dot augmentera-t-elle, ou sera-t-elle censée reconstituée en entier? En quoi la décision de notre Scævola serait manifestement injuste; car si le fonds de terre a cessé d'être dotal, il pourrait être aliéné. D'ailleurs, comment deviendrait-il dotal par le remboursement des impenses? ou comment la dot ne serait-elle plus constituée qu'en argent? Le mieux est donc de dire que le fonds de terre reprend sa nature de fonds dotal, et que dans l'intervalle la vente en est prohibée ».

Ulpien objecte aussi à cet égard : « Quand on dit que les impenses nécessaires diminuent la dot, ce n'est pas, comme le prétend Pomponius, en ce sens que le fonds de terre ou autre corps dotal en soit diminué, parce qu'il serait absurde de dire que des corps seraient diminués par la dépense d'une somme d'argent; et d'ailleurs (1), cette dépense les ferait cesser d'être des fonds dotaux, ou de faire partie de la dot. Le mari en restera donc possesseur (2) jusqu'à ce qu'il soit remboursé, parce que ce ne sont pas les fonds de terre qui sont diminués, mais la dot (3). Or donc quand nous admettons que la dot est diminuée de plein droit, c'est lorsqu'il n'y a pas seulement des corps dotaux (4), mais encore une somme d'argent; et en effet, une somme d'argent peut réellement être diminuée. D'où suit que si la dot se compose de corps estimés (5), elle sera diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires (6) ».

---

continue Paul, est évidente par rapport à la dot composée d'un fonds de terre; car si ce fonds dotal a cessé d'être dotal par les dépenses qu'y a faites le mari, comme le veut Scævola, il s'ensuivra qu'il pourra être aliéné; et alors comment reviendrait-il dotal par le remboursement des dépenses faites par le mari? Comment ce remboursement aurait-il la vertu de rendre dotal ce fonds de terre qui aurait cessé de l'être, et que le mari aurait pu vendre? Scævola dirait-il que ce fonds de terre n'est pas redevenu dotal, mais que la somme remboursée au mari pour ses impenses, est devenue dotale elle-même? ce qui serait encore plus absurde. Enfin, dit encore Paul, le mieux est de dire que le fonds de terre redevient dotal, mais que dans l'intervalle le mari ne peut pas l'aliéner; ce qui est dire que si les impenses du mari ont égalé la valeur du fonds de terre, ce fonds n'a néanmoins pu être aliéné, et n'a pas cessé d'être dotal; que le mari n'a à réclamer que ses dépenses pour lesquelles il peut retenir le fonds de terre; et qu'après leur remboursement, le fonds de terre reprend sa nature de fonds dotal, c'est-à-dire, doit être rendu en nature à la femme après la dissolution du mariage, sans aucune contestation.

(1) C'est-à-dire, autrement; ce qui serait absurde.

(2) Le mari ne pourra donc que, etc.

(3) La dot, abstraction faite de ce qui la compose, paraît diminuée, et non les objets dont elle est composée.

(4) Lorsque la dot comprend non-seulement des corps dotaux, mais encore une somme d'argent; auquel cas cette somme diminue en raison des dépenses.

(5) Car, dans ce cas, la dot se compose, non des corps dotaux, mais de la somme à laquelle ils ont été estimés.

(6) Qui ont été faites pour d'autres corps dotaux non estimés.

« Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat : an vero dicimus ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse (1) ». *d. l.* 5. §. 1.

VII. Quum dos impensis necessariis, quas vir fecerit, minuatur ipso jure, hinc illa quæstio : « Si dos tota soluta sit, non habita ratione impensarum, videndum est an condici possit id quod pro impensis necessariis compensari solet? Et Marcellus admittit condictioni esse locum. Sed etsi plerique negent (2), tamen propter æquitatem, Marcelli sententia (3) admittenda est ». *d. l.* 5. §. 2.

VIII. Circa impensas necessarias interest in earum ratione habenda judicio *de dote*, an factæ sint, an non. Scilicet « hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est; non factarum, ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur : si non fecerit, deusta ea nihil præstabit (4) ». *l. 4. v. sed hoc* Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

§. II. *De utilibus impensis.*

IX. « Utiles impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, non (5) deteriorem esse non sinant; ex quibus reditus mulieri adquiratur, sicuti arbusti pastinatione ultra quam necesse fuerat (6). Item doctrinam puerorum : quorum nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet, ne cogatur fundo

(1) Finge : centum erant in dote ; vir impendit vigenti : redacta est dos ad octoginta. Postea mulier impensas viro refudit : crevit dos ad centum.

(2) Nec enim ulla videbatur competere actio. Defecit enim actio *negotiorum gestorum ;* quum vir impendendo in res dotales quarum dominus erat, suum, non alienum negotium gesserit.

(3) Scilicet ut condici possit. Sed qua condictionis specie? Dic, *condictione indebiti ;* quasi plus debito solverit, qui dotem non deductis impensis solvit. Vid. supra, *lib.* 12. *tit.* 6. *de cond. indeb. n.* 23.

(4) Maritus judicio *de dote*, ob impensam non factam.

(5) Nam quæ *deteriorem esse non sinunt*, sunt necessariæ.

(6) *Pastinare* (unde *pastinatio*) *in cultura vineæ frequens verbum, pro eo quod est fodere. Dicitur autem a pastino* (une houe à deux cornes) *quod est intrumentum ferreum bifurcum, ad fodiendam terram.* Ita Beroaldus in Columellam *de rustic. lib.* 4. *cap.* 28. ubi Columella ait, ter quotannis pastinandas vites. Quarta ergo aut quinta pastinatio si adhibeatur in arbusto quod vitibus constat, utilitatis duntaxat gratia adhibetur ut lætiores et fertiliores fiant, non ad necessitatem.

Mais si la femme a fait ou remboursé les impenses nécessaires, dirons-nous que la dot a été augmentée d'autant, ou qu'elle reste seulement entière? Je pense qu'elle est accrue des sommes payées pour ces impenses, si elle coûte une somme d'argent (1) ».

VII. La dot diminuant de plein droit en raison des impenses faites par le mari, il en naît la question de savoir « si la dot ayant été rendue en entier, il y a encore lieu à l'action réelle pour les impenses qu'on aurait pu compenser. Marcellus décide cette question affirmativement; et nonobstant l'avis contraire de plusieurs jurisconsultes (2), il faut suivre l'opinion de Marcellus (3) ».

VIII. Dans l'imputation des impenses nécessaires sur l'action de la dot, il faut examiner si elles ont été faites ou non; c'est-à-dire, que « le mari peut les porter en compte si elles ont été faites, nonobstant leur inutilité; et que, dans le cas où elles n'ont pas été faites, on ne les passera pas en compte, quand elles auraient été utilement faites. Ainsi, s'il a étayé une maison qui depuis a été incendiée, on lui tiendra compte de sa dépense, et lui-même ne tiendra pas compte de ce que cette dépense était nécessaire (4), s'il ne l'a pas faite ».

§. II. *Des impenses seulement utiles.*

IX. « Fulcinius dit que les impenses seulement utiles sont celles qui ont amélioré la chose dotale, et non celles qui l'ont empêchée de se détériorer (5), c'est-à-dire, celles qui ont augmenté les revenus de la femme, telles que les travaux de culture extraordinaire dans ses vignes (6), ou l'instruction superflue qu'on a

(1) Supposons qu'il y eût cent *écus* dans la dot, et que le mari en eût dépensé vingt, la dot serait réduite à quatre-vingts; et la femme ayant remboursé les vingt, la dot redeviendrait de cent *écus*.

(2) Car il paraît n'y avoir lieu à aucune action, n'y ayant pas lieu à celle de la gestion des affaires, puisque le mari, en dépensant pour des objets dotaux dont il était le maître, a fait son affaire, et non celle d'autrui.

(3) C'est-à-dire, qu'il y a lieu à l'action réelle : mais quelle est cette action? est-ce celle du paiement indûment fait, parce qu'on aura trop payé, en rendant la dot sans déduire les impenses faites pour elle? Voy. ci-dessus *liv.* 12, le titre qui traite *de l'action en répétition de la chose indûment payée*, *n.* 23.

(4) Sur l'action de la dot, parce qu'il ne l'a pas faite.

(5) Parce que celles-là sont nécessaires.

(6) Le mot *pastinare*, d'où vient *pastinatio*, est souvent employé dans la culture des vignes pour le mot *fodere;* il dérive de *pastinum*, qui signifie une houe à deux cornes, ou un instrument de fer à deux pointes, propre à fouiller la terre. C'est ce que dit Beroaldus sur Columelle, *qui a traité des travaux de la campagne*, *liv.* 4, *chap.* 28, où Columelle dit *ter quotannis pastinandas vites.* Si donc, le mari a fait faire cette opération quatre ou cinq fois pour rendre les vignes plus fertiles, il a fait des dépenses utiles et non nécessaires.

aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum, at horreum insulæ dotali adjectum plerumque (1) dicimus ». *l.* 79. §. 1. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Paul. *lib.* 6. *ad Plaut.*

Similiter Ulpianus : « Utiles autem impensæ sunt, quas maritus utiliter fecit; remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem ». *l.* 5. §. *fin. lib.* 36. *ad Sab.*

« Veluti si novelletum in fundo factum sit; aut si in domo pistrinum, aut tabernam adjecerit; si servos artes docuerit (2) ». *l.* 6. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Item impensæ « utiles sunt, veluti pecora prædiis imponere; id est stercorare ». *l.* 14. §. 1. Ulp. *lib.* 5. *regul.*

X. Impensæ « utiles non quidem minuunt ipso jure dotem, verumtamen exactionem habent (3) ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Hujus juris ratio est quod, nisi haberent retentionem, vir posset donare mulieri. Atqui « donationem inter virum et uxorem, circa impensas quoque inhibitam, vere Sabinus scribit ». *l.* 11. §. 1. *ibid.*

Quod tamen dicimus, propter impensas utiles marito retentionem competere, distinctionem recipit. Nam « utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sint. Iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest (4). Quod summam habet æquitatis rationem ». *l.* 8. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Justinianus retentionis jus ex hac causa sustulit, constituitque ut harum impensarum utilium nomine vir haberet aut actionem *mandati* (si voluntate mulieris factæ essent), aut actionem *negotiorum gestorum* (5) si citra ejus voluntatem. *l. un. cod.* 5. 13. *de rei uxor. act.*

---

(1) Aliquando enim hæc necessariis impensis adscribuntur; ut supra *n.* 3, puta in loco ubi non sint pistores, et tamen familia alenda.

(2) Hæc tamen impensa ei non reputabitur, si utilitas quam ex eorum ministerio percepit, hanc impensam compenset : supra *n.* 5. ex *l.* 28. §. 1. *ff. lib.* 24. *tit.* 1. *de donat. int. vir. et uxor.*

(3) Hanc vocem substituit Tribonianus pro *retentionem.*

(4) Igitur eo casu, hoc tantum permittetur viro ut impensas tollat, si sine damno facere potest.

(5) Veteres non putabant has actiones posse competere; quia, quum maritus sit constante matrimonio rerum dotalium dominus, impendendo aliquid in eas, videtur proprium negotium gerere. Porro nemini proprium negotium *mandari* potest : nec nascitur obligatio *negotiorum gestorum*, si quis proprium negotium gerat. Justinianus has subtilitates neglexit; quia, quum dos ad mulierem reverti debeat, quod in eam impensum est, in negotium mulieris impenditur.

donnée à de ses esclaves, parce qu'il n'est pas juste de la charger de pareilles dépenses à son insu, ou sans son consentement; ce qui pourrait lui faire perdre ses vignes et ses esclaves. On comprend ordinairement dans cette espèce d'impenses, un magasin et un moulin ajoutés à la métairie dotale (1) ».

Ulpien dit également que « les dépenses utiles sont celles que le mari fait utilement, et dont il résulte une amélioration pour les biens ou pour la dot de la femme ».

« Comme s'il a fait planter des vignes ou bâtir un moulin dans une métairie dotale, s'il y ajoute une auberge, ou s'il fait instruire des esclaves de sa femme (2) ».

« Les dépenses utiles comprennent aussi les engrais qu'il a répandus sur des terres qui en avaient besoin ».

X. « Les dépenses utiles, à la vérité, ne diminuent pas de droit la dot; mais le mari peut en exiger le remboursement (3) ».

La raison de ce droit est que si le mari ne devait pas retenir ces dépenses, on pourrait en induire une donation au profit de sa femme. Or, « Sabinus dit avec raison que la défense de se donner entre mari et femme s'étend jusqu'à leurs dépenses réciproques ».

Cependant ce que nous disons que le mari peut retenir les dépenses utiles qu'il a faites pour sa femme, est susceptible de restriction. Car « plusieurs jurisconsultes pensent que le mari ne peut retenir, à titre de dépenses utiles, que celles que la femme a consenties; parce qu'il serait injuste qu'elle fût forcée de vendre sa chose pour rembourser les dépenses dont elle aurait été l'objet, si elle ne pouvait pas le rembourser autrement (4), décision fondée sur la plus grande équité ».

Justinien abrogea le droit de retenir les biens dotaux pour cette raison, et voulut que le mari n'eût que l'action du mandat pour les dépenses utiles faites du consentement de sa femme, et celle de la gestion des affaires pour celles qu'elle n'aurait pas consenties (5).

---

(1) Car ces dépenses sont quelquefois réputées nécessaires, ainsi qu'on l'a vu *n.* 3; comme par exemple dans un lieu où il n'y a point de moulins, et où il faut pourvoir à la subsistance des esclaves.

(2) Cependant cette dépense ne sera pas passée en compte, si elle a été compensée par les services de ces mêmes esclaves. Voy. ci-dessus *n.* 5, d'après la *l* 28. §. 1. *ff. sur les donations entre mari et femme.*

(3) Tribonien a substitué ce mot à celui de *retenir.*

(4) Dans ce cas donc le mari ne pourra emporter que les choses qui sont résultées de ces dépenses, si elles peuvent être enlevées sans nuire.

(5) Les anciens ne pensaient pas qu'il pût y avoir lieu à ces actions, parce que le mari étant, pendant le mariage, le maître des biens dotaux, il était censé faire sa propre affaire en faisant des dépenses pour eux, puisqu'on ne peut pas donner à un individu un mandat pour faire ses propres affaires, et qu'on n'acquiert pas l'action de la gestion des affaires en faisant son affaire propre. Justinien rejeta ces subtilités, parce que la dot devant revenir à la femme, ce qui était dépensé pour cette dot était censé dépensé pour ses affaires.

§. III. *De voluptariis impensis.*

XI. « Voluptariæ autem impensæ sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quæ species exornant ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Et, ut alibi egregie idem Ulp. definit : « Voluptuosæ sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est. Quod evenit in viridariis et pictoriis, similibusque rebus ». Ulp. *fragm. tit.* 6. §. 17.

Item Paulus : « Voluptariæ sunt quæ species duntaxat exornant, non etiam fructum augent; ut sunt viridaria, et aquæ salientes, incrustationes, loricationes (1), picturæ ». *l.* 79. §. 2. *ff.* 50. 16. *de verb. signif. lib.* 6. *ad Plaut.*

Item « voluptuosæ sunt, balinea extruere ». *l.* 14. §. 2. Ulp. *lib.* 5. *reg.*

« Quod si hæ res, in quibus impensæ factæ sunt, promercales fuerint, tales impensæ non voluptariæ, sed utiles sunt (2) ». *l.* 10. Paul. *lib.* 36. *ad ed.*

XII. « In voluptariis autem Aristo scribit, nec si voluntate mulieris factæ sunt, exactionem (3) parere ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Tamen « pro voluptariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur. Nam si vult habere mulier, reddere ea quæ impensa sunt debet marito; aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem : cæterum, si non recipiant, relinquenda sunt. Ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est ejus (4) quod abstulit ». *l.* 9. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

§. IV. *De impensis extra causam dotis factis pro muliere.*

XIII. Quasdam impensas vir mulieri reputare potest, quamvis extra causam dotis factæ sint. V. G. « sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem; reputatur ei id quod expensum est; sive pars dotis sit, pro ea parte; sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote; debere rationem haberi ejus quod in ipsum impensum est : sive ipse maritus hoc fecit, sive filiæ ut faciat dedit. Sed etsi non pater experiretur, sed post mor-

(1) *Loricatio* est tegumentum seu incrustatio parietum, quæ constat calce et arena. Vitruv. *lib.* 7. *cap.* 1.

(2) Scilicet quatenus eo pluris res vendenda sit.

(3) Ita substituit Tribonianus pro *retentionem*; hic et modo infra, *l.* 9.

(4) Id est, *profuturum ei.* Tollere autem non debet, si nihil hinc laturus est, nisi ut officiat.

§. III. *Des dépenses de pur agrément.*

XI. « Les dépenses de pur agrément sont celles que le mari a faites pour son plaisir, et par lesquelles il ne s'est proposé que d'en décorer l'objet ».

Et comme le dit très-judicieusement ailleurs le même Ulpien : « Les dépenses de pur agrément sont celles sans lesquelles la chose » ne vaudrait pas moins, et par lesquelles elle n'est pas amélio- » rée, telles que les peintures et les arbres fruitiers ».

Paul dit aussi : « Les dépenses d'agrément sont celles qui ne font qu'orner sans augmenter le produit, comme les arbres fruitiers, les marbres, les enduits (1), les jets d'eaux et les peintures ».

Et « les dépenses faites pour construire des bains, sont pareillement des dépenses de pur agrément ».

« Mais si les objets pour lesquels ces dépenses ont été faites doivent produire des revenus, elles ne sont plus des dépenses d'agrément, mais des dépenses utiles (2) ».

XII. « Aristo dit que le mari peut répéter (3) les dépenses de pur agrément, quand la femme ne les aurait pas consenties ».

Cependant la femme est soumise à la répétition des dépenses d'agrément, à moins qu'elle ne consente à ce que le mari les enlève; parce que si elle veut en jouir, elle doit en rembourser le montant à son mari, et que, dans le cas contraire, elle doit les lui laisser enlever, à moins que cela ne soit impraticable; cas auquel le mari doit les laisser; car on ne lui permet de les enlever qu'autant qu'il en pourra tirer parti (4) ».

§. IV. *Des dépenses faites pour la femme, et non pour sa dot.*

XIII. Les dépenses qui peuvent être répétées contre la femme, sont cependant autres que celles qui ont été faites pour sa dot. Par exemple, « si un mari a dépensé quelque chose de la dot de sa femme pour racheter les parens de cette dernière des mains des brigands, ou les retirer de prison, elle doit lui en tenir compte, et elle cessera d'avoir l'action de la dot si cette dépense égale la valeur de sa dot; ce qui doit être décidé, à plus forte raison encore, si c'est le beau-père qui actionne, et que son gendre ait fait les dépenses pour lui, ou donné à sa fille de quoi les faire. Mais

(1) *Loricatio* veut dire un enduit de chaux et de sable. Voy. Vitruv.

(2) Autant que le prix de la chose en sera augmenté.

(3) Tribonien a substitué ce mot à celui de *retenir*, dans cet endroit, comme ci-après *l.* 9.

(4) C'est-à-dire, profiter; car il ne peut pas les enlever, s'il ne doit lui en revenir que le plaisir de nuire.

tem ejus filia sola de dote ageret, idem erit dicendum : quum enim doli exceptio insit *de dote* actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis, potest dici (ut et Celso videtur) inesse hunc sumptum actioni de dote, maxime si ex voluntate filiæ factus sit ». *l.* 21. *ff.* 24. 3. *solut. matr.* Ulp. *lib.* 3. *disp.*

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

I. Ut propter impensas, ita et propter res amotas retentio ex dote fiebat. Imo ea de causa dabatur etiam actio *rerum amotarum.*

De hac retentione seu compensatione, ita Alexander : « Compensationis æquitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi quod debere te constiterit æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit; eo magis quodea te persequi dicis, quæ divortii causa amota quereris. Quum igitur competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eumdem doce tui juris res ablatas esse ». *l.* 1. *cod. h. tit.* 5. 21.

An autem hæc retentio locum habeat in specie sequenti quærit Ulpianus. Nimirum, « si uxor viri rem commodaverit, eaque perierit; videndum an compensationem hoc nomine pati possit? Et puto, si quidem prohibuit eam maritus commodare, statim deductionem (1) fieri : si vero non prohibuit eam commodare, arbitrio judicis modicum tempus ei indulgeri cautionem præbenti (2) ». *l.* 24. §. 6. *ff.* 24. 3. *solut. matr. lib.* 33. *ad ed.*

Retentionem *ob res amotas* abrogavit Justinianus, ut inutilem; utpote quum pateat maritis *rerum amotarum* judicium.

II. « Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse : quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere (ut Nerva, Cassio), quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret; aliis (ut Sabino et Proculo) furtum quidem eam facere,

(1) Est enim vere amota res quæ invito viro commodata est; unde retentio dotis *ob res amotas* competit eo nomine.

(2) Non habebit igitur hoc casu retentionem maritus ; sed post hoc tempus, aget *commodati.*

quand ce ne serait pas lui mais sa fille qui actionnerait, après sa mort, il faudrait encore décider la même chose; car l'exception du dol étant inhérente à l'action de la dot, comme à toutes les autres actions de bonne foi, on peut dire (et tel est l'avis de Celse), que cette dépense en est également inséparable, surtout si la femme l'a consentie ».

TITRE II.

De l'action des choses soustraites par la femme.

I. Le mari retenait sur la dot de sa femme la valeur des choses qu'elle avait soustraites, comme celle de ses dépenses pour elle ou pour ses biens, ou plutôt on lui donnait une action pour ces mêmes choses soustraites.

Alexandre dit, à l'égard du droit de retenir ou de compenser les choses soustraites : « Vous êtes autorisé par le droit à invoquer l'équité de la compensation; car il n'est pas juste de vous faire payer ce que vous paraissez devoir, avant qu'on réponde à la demande que vous formez vous-même; d'autant plus que, d'après votre exposé, vous réclamez des choses soustraites dans la vue du divorce. Etant donc actionné, en vertu de votre stipulation, devant un juge compétent, vous pouvez y instruire sur la réclamation des choses qui vous ont été soustraites ».

Ulpien examine si ce droit de retenir les choses soustraites a lieu dans l'espèce suivante : « Si une femme a prêté une chose qui appartenait à son mari, et que cette chose ait péri, doit-elle en admettre la compensation? Je pense que si elle a prêté la chose, malgré la défense de son mari, elle doit sans contredit en souffrir la déduction (1), et que, dans le cas contraire, le juge doit décider dans sa sagesse s'il convient d'accorder quelque délai pour la restitution de la chose, en lui en faisant donner caution (2) ».

Justinien abrogea le droit de retenir les choses soustraites sur la dot, comme inutile, le mari ayant d'ailleurs l'action des choses soustraites.

II. « L'action extraordinaire des choses soustraites fut introduite contre la femme divorcée, parce qu'on ne jugeait pas convenable d'accorder contre elle l'action du vol. Quelques jurisconsultes pensaient qu'elle n'avait pas commis un vol, parce que, partageant l'état et le sort de son mari, elle était en quelque sorte censée maîtresse de disposer. Ainsi pensaient Nerva et Cassius. D'autres pensaient qu'à la vérité elle avait fait un vol, comme une fille qui aurait disposé des biens de son père; mais que le droit

(1) Car la chose prêtée contre la défense du mari, est réellement soustraite, et il peut la retenir comme telle sur la dot.

(2) Le mari n'aura donc pas le droit de retenir dans ce cas : mais il aura, à l'expiration de ce délai, l'action du prêt.

sicuti filia patri faciat ; sed furti non esse actionem constituto (1) jure : in qua sententia et Julianus rectissime est ». *l.* 1. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

« Nam, in honorem matrimonii, turpis actio adversus uxorem negatur ». *l.* 2. *lib. ad ed. præt. tit. de re judicata.*

Circa hoc judicium quæri potest, 1°. quæ requirantur ut huic locus sit; 2°. quarum rerum nomine, cui et adversus quem competat, et quatenus; 3°. quale sit hoc judicium, et quid in eo observetur, quid præstandum veniat; 4°. quando cesset.

ARTICULUS I.

Quæ requirantur nec ne, ut actioni rerum amotarum *locus sit?*

III. Ut huic actioni locus sit, duo concurrere oportet : 1°. ut conjux conjugi amoverit; 2°. ut propter divortium quod secutum sit, hoc factum fuerit.

Modo autem hæc duo concurrant, « nihil interest utrum simul, an separatim habitaverunt; quum actio rerum amotarum competat etiam adversus eam, quæ ex ea domo subtraxit, in qua non simul cum viro habitavit ». *l.* 15. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

Non requiritur etiam ut mulier quæ res viri amovit, per se hoc fecerit; resve ad ipsam pervenerint. V. G. « sed et si divortii tempore fures in domum mariti induxerit, et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, rerum amotarum judicio tenebitur. Verum est itaque quod Labeo scripsit, uxorem *rerum amotarum* teneri, etiamsi ad eam res non pervenerint ». *l.* 19. *ibid.*

§. I. *Oportere ut conjux conjugi amoverit.*

IV. « Consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata (2) convenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem; quia competit divortii causa (3) ». *l.* 17. *v. consequenter.* Ulp. *lib.* 30. *ad ed.*

---

(1) Jure positivo, jure singulari.

(2) Id est, contra jus constitutionum ; puta præses provincialem duxerit.

(3) Actio *rerum amotarum* competit divortii causa ; non potest ergo competere in his speciebus, in quibus quum nullum matrimonium fuerit, nullum etiam divortium intervenire potuit.

n'avait point établi l'action du vol contre elle (1). Ainsi pensaient Sabinus et Proculus, et Julien avait avec raison adopté leur sentiment ».

« Et en effet, par respect pour le mariage, on refusait une action honteuse à un mari contre sa femme ».

Par rapport à l'action des choses soustraites, on peut examiner, 1°. ce qui est requis pour qu'elle ait lieu; 2°. pour quelle chose elle a lieu; à qui, contre qui, et jusqu'à quel point elle est donnée; 3°. quelle est sa nature, ce qu'il faut y observer, et quel en est l'effet; 4°. quand elle cesse d'avoir lieu.

ARTICLE I.

Ce qui est ou n'est pas requis pour qu'il y ait lieu à l'action des choses soustraites.

III. Deux choses doivent concourir pour qu'il y ait lieu à l'action dont il s'agit; il faut, 1°. que la femme ait soustrait des choses qui appartenaient à son mari; 2°. qu'elle les ait soustraites en vue d'un divorce, et que ce divorce ait eu lieu.

Pourvu que ces deux choses concourent, « il importe peu que les époux aient habité ou n'aient pas habité ensemble, parce que l'action des choses soustraites a également lieu contre la femme qui n'habitait point avec son mari ».

Il n'est pas non plus nécessaire que la femme ait soustrait les choses elle-même, ni qu'elles lui soient parvenues. Par exemple, « si, à l'époque du divorce, elle a introduit des voleurs dans la maison de son mari, et l'a fait spolier par eux, sans rien soustraire elle-même, elle n'en sera pas moins tenue de l'action des choses. Labéon a donc raison de dire que l'action des choses soustraites a lieu, encore que les choses soustraites ne soient pas parvenues à la femme ».

§. 1. *Il faut que la femme ait soustrait des choses qui appartenaient à son mari.*

IV. « On peut donc dire que là où il n'y avait point de mariage, comme, par exemple, si un tuteur a épousé sa pupille, si tout autre s'est marié contre les lois (2), ou si le mariage est nul, de quelque manière que ce soit, l'action des choses soustraites n'a pas lieu, parce qu'elle suppose une cause déterminante de divorce (3) ».

---

(1) C'est-à-dire, le droit positif ou particulier à l'espèce.

(2) C'est-à-dire, contre le droit des constitutions; comme si un président a épousé une femme de la province où il exerce sa juridiction.

(3) L'action des choses soustraites a lieu par le divorce, et ne peut par conséquent pas être admise dans ces espèces où, n'y ayant point eu de mariage, il ne peut pas y avoir eu de divorce.

Igitur « si concubina res amoverit, hoc jure utimur, ut furti teneatur ». *d. l.* 17.

« Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei, cui heredes simus, furtum fecit, vel nobis, antequam nuberet (1). Tamen, propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus ». *l.* 3. §. 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Sed et eo casu quo conjux conjugi amovi (quum divortio facto jam non sit conjux), « ideo si post divortium easdem res contrectet, etiam furti tenebitur (2) ». *d. l.* 3.

At si demum mortuo viro amovit, alia causa est cur nec actioni *furti* sit locus. Nimirum « quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum; quia rei hereditariæ nondum possessæ non fit furtum (3). Ideoque aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient ». *l.* 6. §. 6. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

V. Quum judicio *rerum amotarum* locus non sit, nisi conjux conjugi amoverit, hinc « item si servus ejus furtum fecerit, furti cum ea agere possumus ». *l.* 3. §. 1. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Obiter hic quæritur an in solidum, an noxaliter? Ita distingue: « At si in dotem servus datus furtum viro fecerit, si quidem mulier talem esse eum scierit, totum damnum viro sarcietur : quod si ignoraverit, tunc non ultra condemnationem noxæ mulctanda erit ». *l.* 21. §. 2. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

Hæc de casu quo servus injussu mulieris hoc fecit. Quod « si servus mulieris, jussu dominæ, divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere; quoniam nihil lucri sui causa contrectet (4) : nec videri furtum facienti opem ferre, quum mulier furtum non faciat (5) (quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat); sed *rerum amotarum* actio erit (6) ». *d. l.* 21. §. 1.

---

(1) His enim casibus furtum non factum est conjugi; adeoque cessat actio *rerum amotarum.*

(2) Ex novo furto quod jam non conjugi fecit, contrectando post divortium.

(3) Furtum enim est interversio possessionis. Vid. infra, *lib.* 47. *tit.* 2. *de furtis.*

(4) Et parere quodammodo necesse habuit.

(5) Quum ipsa non contrectet. (Cujac.)

(6) Cujacius putat hoc accipiendum de utili actione; quum directa cesset propter rationes allatas.

C'est pourquoi, « si une concubine soustrait quelque chose, il est reçu en droit qu'il y a lieu à l'action du vol contre elle ».

« On peut même intenter cette action du vol contre la femme, si elle a volé celui dont nous avons hérité, ou nous mêmes avant son mariage (1). Cependant, par respect pour sa qualité d'épouse future, nous disons qu'il n'y a pas lieu à l'action du vol, mais seulement à celle de la chose volée ».

Et même, dans le cas de soustraction de la part de la femme, lorsqu'elle avait perdu ce titre par le divorce; « c'est pourquoi, si cette soustraction a été faite depuis le divorce, elle sera soumise à l'action du vol (2) ».

Mais si la soustraction a eu lieu depuis la mort du mari, il y a une autre raison pour qu'il n'y ait pas lieu à l'action du vol; c'est que « si une femme a soustrait des choses qui ont appartenu à son mari, depuis son décès, elle n'a pas fait un vol, parce que les choses héréditaires n'étant pas encore possédées, ne peuvent pas être volées (3). C'est pourquoi elles pourront être revendiquées, ou entreront dans la pétition d'hérédité ».

V. De ce que l'action des choses soustraites n'a lieu que dans les cas où la femme a soustrait les choses à son mari, il s'ensuit que « si son esclave a fait un vol, c'est contre elle que l'on intente alors l'action du vol ».

C'est ici le lieu d'examiner en passant si l'action est solidaire ou noxale. Il faut distinguer « si c'est un esclave donné en dot qui a fait le vol au mari, et que la femme le connût comme voleur, elle doit indemniser son mari en entier; et si elle ignorait qu'il eût ce vice, elle ne sera passible que des condamnations auxquelles l'action noxale donne lieu ».

Ceci s'entend du cas où l'esclave a volé sans ordre de la femme; car « si l'esclave de la femme a volé le mari par ordre de sa maîtresse, et en vue du divorce, Pedius pense qu'il n'a pas fait un vol, comme n'ayant pas volé pour son profit (4), et qu'il n'a pas même participé à un vol, puisque ce n'en est pas un que la femme a fait (5), et il y aura lieu à l'action des choses soustraites (6), encore qu'un esclave ne doive pas obéir à son maître, quand son maître lui commande des crimes ».

---

(1) Parce que, dans ces cas, ce n'est pas son mari qui a été volé, et par conséquent il n'y a pas lieu à l'action des choses soustraites au mari par sa femme.

(2) Pour un nouveau vol fait à celui qui n'était plus son mari, comme ayant été fait depuis le divorce.

(3) Parce que le vol est une interversion de possession. Voyez ci-après, *liv.* 4, au titre *des vols*.

(4) Et qu'il a été en quelque sorte forcé de lui obéir.

(5) Parce qu'elle n'a pas commis le vol elle-même. Cujas.

(6) Cujas pense que cela s'entend de l'action utile, puisque l'action directe cesse d'avoir lieu par les raisons ci-dessus rapportées.

VI. Quod hactenus diximus, oportere ut furtum factum sit conjugi, sic accipe : vel ei in cujus potestate est maritus.

Hinc Ulp. : « Uxor, et nurus, et pronurus viro, et socero, et prosocero furtum facere possunt. Furti autem non tenentur, nisi forte emancipatus sit filius : tunc enim nurus patri ejus et furtum facit, et furti tenetur ». *l.* 15. §. 1. *lib.* 34. *ad ed.*

§. II. *Oportere ut divortii consilio amotum fuerit.*

VII. « Rerum quidem amotarum judicium sic habet locum, si divortii consilio res amotæ fuerint, et secutum divortium fuerit ». *l.* 25. Marc. *lib.* 3. *regul.*

Divortii autem consilio « res amotas dicimus, non solum eas quas mulier amovit quum divortii consilium inisset, sed etiam eas quas nupta amoverit, si, quum discederet, eas celaverit (1) ». *l.* 17. §. 1. Ulp. *lib.* 30. *ad ed.*

Sed et « si mulier quum de viri vita desperasset, subreptis quibusbam rebus divortisset; si convaluerit vir, utilis (2) rerum amotarum actio ei danda est ». *l.* 21. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

VIII. Generaliter autem hæc regula tenenda est. « Sed si in matrimonio uxor marito res substraxerit; licet cesset rerum amotarum actio (3), tamen ipsas res maritus condicere (4) potest. Nam jure gentium, condici puto posse res ab his qui non justa causa possident ». *l.* 25. *v. sed si.* Marcian. *lib.* 3. *regul.*

Item, si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus est maritus, hereditatis petitione (5), vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est ». *l.* 21. §. 2. Julian. *lib.* 19. *dig.*

Similiter Paulus : « Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione, vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex injusta causa apud eam essent ». *l.* 6. §. 5. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

IX. His quæ diximus consonat quod rescribunt Dioclet. et

---

(1) Hæc secunda contrectatio hoc judicium parit.

(2) *Utilis* duntaxat; quia mulier magis mortis quam divortii causa amovisse videtur.

(3) Quia non consilio divortii eas substraxit.

(4) *Condictione ex injusta causa*, ad instar furtivæ.

(5) Quæ datur adversus eos qui possident *pro possessore* absque titulo : ut vid. supra, *lib.* 5. *tit.* 3. *de heredit. pet. n.* 3.

VI. Ce que nous avons dit jusqu'ici qu'il faut que le mari ait été volé, s'entend en ce sens, qu'il faut qu'il lui ait été volé quelque chose, ou à celui sous la puissance duquel il est.

C'est pourquoi Ulpien dit : « la femme, la bru et la femme du petit-fils peuvent également faire un vol à leur beau-père et à leur aïeul; mais elles ne sont pas soumises à l'action du vol, à moins que le fils ne soit émancipé; car alors la bru fait un vol à son beau-père, et est passible de l'action du vol ».

§. II. *Il faut que la soustraction ait été faite en vue du divorce.*

VII. L'action des choses soustraites n'a lieu que lorsqu'il y a eu des choses soustraites dans le dessein d'un divorce qui a eu son exécution ».

« Nous disons que des choses ont été distraites dans la vue du divorce, non-seulement lorsque la femme avait dessein de divorcer lorsqu'elle les a soustraites, mais encore lorsque les ayant soustraites durant le mariage, elle les a cachées en quittant la maison de son mari (1) ».

Et même, « si une femme a fait divorce ayant soustrait quelque chose, croyant que son mari malade ne se rétablirait point de sa maladie, le mari ayant recouvré la santé, aura l'action utile des choses soustraites (2) ».

VIII. Il faut aussi tenir comme règle générale, que « si une femme a soustrait quelque chose à son mari durant le mariage, encore que le mari n'ait pas l'action des choses soustraites (3), il a cependant action pour les réclamer (4); car je pense que, par le droit des gens, on peut réclamer contre ceux qui possèdent sans un titre juste ».

Et « si une femme a soustrait quelque chose à son mari en vue de sa mort, et qu'il soit décédé en effet, l'héritier pourra réclamer les choses soustraites, par la pétition d'hérédité (5), ou par l'action exhibitoire ».

Paul dit également que « si le mariage a été dissous par la mort du mari, l'héritier de ce dernier pourra réclamer, par la pétition d'hérédité, ou par l'action exhibitoire, les choses soustraites. Aristo dit qu'il aura aussi l'action réelle, parce qu'elles sont injustement possédées ».

IX. Ce que nous venons de dire est conforme à un rescrit de

---

(1) Cette seconde fraude produit l'action du vol.

(2) L'action utile seulement, parce qu'elle a plutôt soustrait les choses, en vue de la mort de son mari, qu'en vue du divorce.

(3) Parce qu'elle ne l'a pas fait en vue du divorce.

(4) L'action d'une cause injuste, à l'instar de l'action de la chose volée.

(5) Qui est donnée contre ceux qui possèdent, parce qu'ils possèdent et sans titre, comme on l'a vu *liv.* 5, au titre qui traite *de la pétition d'hérédité*, *n.* 3.

Maxim. « Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. Constante etenim matrimonio, neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit (1); sed de damno *in factum* datur actio ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 21.

ARTICULUS II.

Quarum rerum nomine, cui et adversus quem, et quatenus huic actioni locus sit?

§. I. *Quarum rerum nomine competat* rerum amotarum *actio?*

X. Nam solum si res viri proprias, sed et « si rem quam maritus bona fide emerat, uxor amovit, vel opem furi tulit, idque fecit divortii causa, rerum amotarum judicio damnabitur ». *l.* 20. Marc. *lib.* 7. *dig.*

Sed et « quæ viro suo res pignori datas amoverit, hoc judicio tenebitur ». *l.* 17. §. *fin.* Ulp. *lib.* 30. *ad ed.*

Obiter nota hoc casu: « Sed et domino (2) condictio (3) competet; sed alterutri (4) agere permittendum est ». *l.* 18. Paul. *lib.* 6. *quæst.*

§. II. *Cui hæc actio detur?*

XI. Non solum vir adversus mulierem; sed, vice versa, « mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum: et compensare potest mulier cum actione qua maritus agere vult ob res amotas ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Enimvero « Marcellus, libro 8 digestorum, scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit (5), et res amoverunt, rerum amotarum teneri ». *l.* 11. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

---

(1) Actio *rerum amotarum* non pœnalis, sed rei persecutoria. Nec etiam proprie famosa est: est enim condictio; *in condictionibus* autem *cessat ignominia, quamvis ex famosis causis pendeant: l.* 36. *ff.* 44. 7. *de oblig. et act.* Valde tamen suggillat pudorem; et ideo constante matrimonio non datur. Nec obstat quod Justinianus, in *l. fin.* §. *fin. cod.* 6. 2. *de furtis*, ait maritum propter pudorem matrimonii habere actionem *rerum amotarum* contra uxorem quæ rem ipsi commodatam surripuisset. Nam, ut recte observat Wissenbachius, hoc non de actione *directa rerum amotarum*, sed de *utili* seu actione *in factum* accipiendum est.

(2) Rerum marito pignori datarum, quas mulier surripuit.

(3) *Furtiva.*

(4) Scilicet si dominus egerit *condictione furtiva;* maritus non poterit agere amplius actione *rerum amotarum;* et vice versa. Quum enim utraque actio idem persequatur, altera alteram consumit.

(5) His verbis significatur divortium.

Dioclétien et de Maximien, où on lit : « L'édit perpétuel donne l'action des choses soustraites contre le mari qui a soustrait, en vue du divorce, des choses qui appartenaient à sa femme, et contre la femme qui, dans la même vue, a soustrait ce qui appartenait à son mari ; parce que, durant le mariage, ni l'un ni l'autre ne peut exercer ni une action pénale, ni une action infamante contre son conjoint (1), et qu'on ne leur donne qu'une action en réparation du tort que l'un a fait à l'autre ».

ARTICLE II.

Pour quelles choses, en faveur de quelles personnes, contre quelles personnes et jusqu'à quel point cette action a lieu.

§. I. *Pour quelles choses l'action des choses soustraites a lieu.*

X. Non-seulement si la femme a soustrait à son mari des choses qui lui appartenaient, mais encore « si elle lui en a soustrait qu'il avait achetées de bonne foi, ou si elle a aidé à les lui soustraire, l'action des choses soustraites aura lieu contre elle ».

Et même, « cette action aura encore lieu si elle a soustrait des choses données en gage à son mari ».

Observez en passant que dans ce cas « le propriétaire (2) aura aussi action (3), mais qu'un seul (4) pourra actionner ».

§. II. *A qui cette action est donnée.*

XI. Non-seulement cette action est accordée au mari contre la femme, mais « elle est encore réciproquement accordée à la femme contre son mari, et elle peut l'opposer en compensation ».

En effet, Marcellus dit que, soit que le mari ait expulsé sa femme de sa maison, ou que la femme ait expulsé son mari (5), s'ils se sont soustrait quelque chose, ils seront également tenus de l'action des choses soustraites ».

---

(1) L'action des choses soustraites n'est pas pénale, mais réipersécutoire. Elle n'est pas même proprement infamante, puisque c'est une action réelle, et que les actions réelles sont exemptes d'infamie, encore qu'elles eussent une cause infamante. Elle emporte cependant quelque honte ; c'est pourquoi on ne la donne pas durant le mariage. Il n'y a rien à conclure de ce que Justinien dit *l. fin. §. fin. cod. sur les vols*, que c'est par respect pour le mariage que le mari a l'action des choses soustraites contre sa femme qui lui a soustrait une chose prêtée ; car, comme l'observe Wissenbach, cela ne s'entend pas de l'action directe des choses soustraites, mais de l'action utile ou en fait.

(2) Des choses données en gage au mari, et soustraites par la femme.

(3) L'action de la chose volée.

(4) C'est-à-dire, que si le propriétaire a intenté l'action de la chose volée, le mari ne pourra pas intenter celle des choses soustraites, et réciproquement, parce que l'objet de l'une et de l'autre étant le même, l'une éteint l'autre.

(5) C'est-à-dire, provoqué le divorce.

XII. Succesoribus etiam hæc actio datur. Unde « si post divortium maritus decesserit, heres ejus rerum amotarum judicio uti potest ». *l.* 6. §. 3. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

Sed et « ad fiscum mariti bonis devolutis, uxor rerum amotarum nomine in simplum convenitur, quamvis alii (1) in quadruplum condemnentur ». *l.* 16. Hermog. *lib* 2. *juris epit.*

XIII. Hactenus de conjuge et ejus successoribus. « Contra nurum quoque socero hoc judicium dandum, Atilicinus et Fulcinius aiunt ». *sup. d. l.* 6.

Nam « quotiens filiofamilias dos data est, socerum ob res divortii causa amotas, furti agere non posse (2) ». *d. l.* 6. §. 1.

Extraneo autem ex persona sua hæc actio competere non potest.

Unde, « si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverat, subripuerit, isque conventus (3) sit; habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit ». *l.* 28. Paul. *lib.* 6. *quæst.*

§. III. *Adversus quem hæc actio competat, et quatenus alius, quam conjux qui amovit, ea teneatur?*

XIV. Non solum conjux qui amovit, puta mulier; sed « item heres mulieris ex hac causa tenebitur; sicut condictionis nomine ex causa (4) furtiva ». *d. l.* 6. §. 4.

Non tamen eodem modo tenebitur, quo heres furis *condictione furtiva.* Nam tenetur heres actione *rerum amotarum* duntaxat quatenus ad ipsum pervenit.

Unde Dioclet. et Maxim. : « De rebus quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis; rerum amotarum actione contra successores ejus, non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit; quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis ». *l.* 3. *cod. h. tit.* 5. 21.

XV. « Si filiafamilias res amoverit, Mela et Fulcinius aiunt de peculio (5) dandam actionem; quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adjuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum

(1) Qui res delatas fisco surripiunt.

(2) Igitur vice actionis *furti*, danda est ei actio *rerum amotarum.*

(3) Actione *commodati.* Idem est et si non sit conventus : sufficit enim quod conveniri possit.

(4) Sensus est : ut condictio furtiva, ita hæc actio in heredem datur. Non tamen eodem modo : nam condictio furtiva in solidum ; hæc actio in id quod pervenit. Comparationes apud nostros jurisconsultos solent esse inadæquatæ.

(5) Vid. not. seq.

XII. Cette action est même donnée aux successeurs. C'est pourquoi, « si le mari est décédé depuis le divorce, son héritier pourra intenter l'action des choses soustraites ».

Et « si les biens du mari ont été confisqués, le fisc pourra intenter l'action des choses soustraites au simple contre la femme, encore qu'il pût l'exercer pour le quadruple contre d'autres (1) ».

XIII. Jusqu'ici on n'a parlé que des époux et de leurs successeurs. « Atilicinus et Fulcinius disent que cette action doit aussi être donnée au beau-père contre sa bru ».

Parce que « toutes les fois que la dot a été donnée au fils de famille, le beau-père de la femme n'a pas l'action du vol contre elle pour ce qu'elle a soustrait dans la vue du divorce (2) ».

Mais un étranger ne peut pas intenter cette action en son nom.

C'est pourquoi, « si une femme a soustrait une chose à celui qui la tenait du mari, à titre de prêt, et que celui-ci soit actionné (3), il aura l'action du vol, encore que le mari ne l'eût pas ».

§. III. *Contre qui cette action est donnée, et jusqu'à quel point tout autre qu'un époux en est tenu pour soustraction.*

XIV. Non-seulement l'époux, la femme, par exemple, qui a fait des soustractions, mais encore « son héritier, est tenu de cette action, comme de l'action de la chose volée (4) ».

Non pas cependant de la même manière que l'héritier d'un voleur est soumis à l'action de la chose volée; car il n'en est passible qu'en raison de ce qui lui est parvenu des choses soustraites.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Vous pouvez revendiquer la propriété des choses que vous prétendez vous avoir été soustraites en vue du divorce, contre ses successeurs, non pas pour la totalité, mais pour ce qui leur en est parvenu, s'il existe encore ».

XV. « Si c'est une femme, encore fille de famille, qui s'est rendue coupable de soustractions, Mela et Fulcinius disent qu'on doit donner l'action du pécule (5), parce qu'on n'a pas jugé convenable de donner contre elle l'action du vol, ni même celle des

(1) Lesquels auraient soustrait des choses qui lui appartenaient.

(2) On lui donnera donc l'action des choses soustraites, au lieu de celle du vol.

(3) Par l'action du prêt; et quand il ne serait pas actionné, il en serait encore de même; car il suffit qu'il puisse l'être.

(4) Le sens est que cette action s'accorde contre l'héritier comme celle de la chose volée, mais non de la même manière, parce que la dernière se donne pour le tout, et la première, seulement pour ce qui est parvenu à l'héritier. Nos jurisconsultes font souvent de semblables comparaisons inexactes.

(5) Voy. la note suivante.

amotarum judicio in solidum et cum satisdatione defendat. Sed mortua filia, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit; (*l.* 3. §. *fin.* Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*). Dolove malo fecerit quominus ad eum pervenerit ». *l.* 4. Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

« Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili (1) judicio petendum est ». *l.* 5. Pap. *lib.* 11. *quæst.*

« Item quum rerum amotarum etiam in virum datur judicium, si filiusfamilias maritus sit, utrum de peculio, an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus quæ de filiafamilias diximus ». *l.* 6. §. 2. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

§. IV. *Quatenus conjux hoc judicio teneatur?*

XVI. « Nec viro nec mulieri prodest in hoc judicio, si facere non possunt : pendet enim id ex furto ». *l.* 21. §. 6. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

ARTICULUS III.

Quale sit hoc judicium; quid in eo observetur, quid præstandum veniat?

§. I. *Quale sit, et quæ in eo instituendo observentur?*

XVII. « Rerum amotarum actio, condictio est (2) ». *l.* 26. Gaius, *lib.* 4. *ad ed. prov.*

« Hæc actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. Et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva : præterea et heredibus competit ». *l.* 21. §. 5. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

XVIII. « Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis jusjurandum deferre, cogitur adversarius jurare nihil divortii causa amotum esse : dum prius de calumnia juret, qui jusjurandum defert ». *l.* 11. §. 1. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

« Jurare autem tam vir quam uxor cogetur : pater autem amoventis jurare non cogitur, quum iniquum sit de alieno facto alium jurare. Is ergo cogitur jurare qui amovisse dicitur : et idcirco

(1) Non directo, nam actio *de peculio* directa, non datur ex delicto: præterea, hæc actio *utilis* non datur (ut directa) de toto peculio, sed duntaxat de eo quod ex rebus amotis ad patrem pervenit.

(2) Male Ant. Faber legit *non est:* multis eum confutat argumentis Wissenbachius, *disp.* 49. §. 6.

choses soustraites. Mais si son père a intenté l'action de la dot, conjointement avec elle, on ne doit la lui accorder qu'autant qu'il défendra sa fille sur celle des choses soustraites, et donnera caution. Mais Proculus dit qu'après la mort de sa fille, on ne doit accorder l'action des choses soustraites contre lui qu'autant qu'il en serait devenu plus riche, ou qu'autant qu'il a usé de dol pour n'en pas devenir plus riche ».

« On peut également répéter contre le père, même avant la mort de sa fille, ce qui lui est parvenu, mais par l'action utile (1) ».

» Et comme on donne, même contre le mari, l'action des choses soustraites, si ce mari est un fils de famille, cette action a-t-elle lieu contre lui-même, ou contre son pécule? Nous répéterons à cet égard ce qui a été dit de la femme fille de famille ».

§. IV. *Jusqu'à quel point le mari et la femme sont soumis à cette action.*

XVI. « Ni le mari, ni la femme ne sont dispensés de restituer les choses soustraites, par l'impuissance où ils en seraient, parce que leur soustraction est une espèce de vol »,

ARTICLE III.

Quelle est la nature de cette action, ce qui s'y observe et ce qui y entre.

§. I. *Quelle est sa nature, et ce qu'il faut observer pour l'intenter.*

XVII. « L'action des choses soustraites est une action réelle (2) ».

« Bien que cette action naisse d'un délit, elle est cependant réipersécutoire, et par conséquent n'est pas périmée dans l'année comme celle de la chose volée; de plus, elle est accordée même aux héritiers ».

XVIII. « Celui qui intente l'action des choses soustraites peut, s'il le veut, déférer le serment, et son adversaire, doit affirmer qu'il n'a rien été soustrait en vue du divorce; toutefois après avoir affirmé lui-même qu'il n'a point intenté l'action par esprit de chicane ».

Le mari et la femme sont également obligés à ce serment; mais leur père ou leur mère n'y sont pas obligés, parce qu'il serait inique de forcer un individu à affirmer par serment le fait d'autrui.

---

(1) Et non par l'action directe; car l'action directe du pécule n'a pas lieu pour cause de délit. D'ailleurs, cette action utile ne se donne pas pour tout le pécule comme l'action directe, mais seulement pour ce qui est revenu au père des choses soustraites.

(2) Antoine Dufaur a donc tort de lire *non est*, comme le prouve victorieusement Wissenbach.

nec heres ejus, qui, quæve amovisse dicitur, jurare cogetur ». *d. l.* 11. §. 2.

« Si quis delatum sibi jusjurandum referre velit, non videtur prætor permisisse (1) ». *d. l.* 11. §. 3.

« Non magis quam si quis ei qui furti agat, jusjurandum deferat an ipse fur sit ». *l.* 12. Paul. *lib.* 7. *brev.*

Ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum referre jusjurandum. Et ita edictum ordinatum videtur ». *l.* 13. Ulp. *lib.* 33. *ad ed.*

Cæterum, « de rebus amotis permittendum marito vel uxori, de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare ». *l.* 14. Paul. *lib.* 18. *ad ed.*

§. II. *Quid in judicio rerum amotarum veniat?*

XIX. Potissimum venit in hoc judicio rerum quæ conjux amovit restitutio.

Sed « non solum eas res quæ extant, in rerum amotarum judicium venire Julianus ait, verum etiam eas quæ in rerum natura esse desierunt. Simili modo etiam *certi* condici eas posse ait ». *l.* 17. §. 2. Ulp. *lib.* 30. *ad ed.*

Igitur, « item verum est quod Ofilius ait, etiam eas res quas divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum judicio contineri ». *l.* 3. §. 3. Paul. *lib.* 7. *ad Sab.*

XX. « Rerum amotarum æstimatio, ad tempus quo amotæ sunt, referri debet. Nam in veritate furtum fit, etsi levius coercetur mulier. Quare nec a bonæ fidei possessore ita res amotæ usucapiuntur. Sed si pluris factæ non restituuntur quæ amotæ sunt, crescit æstimatio, ut in condictione furtivæ rei ». *l.* 29. Thryph. *lib.* 11. disp.

XXI. Quod si res extent, « Sabinus ait : Si mulier res quas amoverit, non reddat, æstimari debere quanti in litem vir jurasset ». *l.* 8. §. 1. Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

« Non enim æquum est invitum suo (2) pretio res suas vendere». ». *l.* 9. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

« Ideoque nec debere eum pro evictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit ». *l.* 10. Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

---

(1) Nam a quo furtum factum sit, nec ne, non semper scire potest qui furtum sibi factum queritur : ideo de ea re jurare cogi non debet. Nec tamen per calumniam defert jusjurandum ei quem ex justis causis suspicatur furtum fecisse, quamvis hoc non plene liqueat.

(2) Id est, justo. *Vendre une chose son prix.*

C'est donc celui qui est accusé de soustraction qui peut y être contraint, et par conséquent l'héritier de celui ou de celle qu'on dit qui a soustrait, n'est pas obligé à ce serment ».

« Si celui à qui ce serment a été déféré voulait le référer, le préteur paraît lui avoir refusé cette faculté (1) ».

« Comme il a refusé à celui contre qui on intente l'action du vol, celle de faire affirmer par serment à son adversaire, qu'il n'est pas un voleur ».

« C'est pourquoi Labéon dit qu'il ne faut pas permettre à la femme de référer le serment qui lui est déféré. Telles sont les dispositions de l'édit ».

Mais « l'édit permet, tant au mari qu'à la femme, de se déférer le serment sur quelques-unes des choses soustraites, et de prouver la soustraction des autres ».

§. II. *De ce qui entre dans l'action des choses soustraites.*

XIX. Ce qui entre principalement dans cette action, c'est la restitution des choses soustraites.

Mais « Julien dit qu'elle comprend, non-seulement les choses soustraites qui existent encore, mais aussi celles qui ont cessé d'exister, pour lesquelles, suivant lui, on a la même action ».

Ainsi, « ce que dit Ofilius est vrai, que les choses que la femme a soustraites après son divorce, entrent aussi dans l'action des choses soustraites, encore qu'elle les ait mangées, vendues, données, ou qu'elle en ait disposé de quelque autre manière ».

XX. « L'estimation des choses soustraites se reporte au tems où elles l'ont été, parce que leur soustraction est un véritable vol, bien qu'il soit légèrement puni. C'est pourquoi le possesseur de bonne foi n'en acquiert pas moins l'usucapion. Mais si elles ont acquis une plus grande valeur, on ne les restitue pas dans leur ancien état, mais avec leur augmentation de valeur, comme dans l'action de la chose volée ».

XXI. Si les choses existent encore : « Sabinus dit, qu'à défaut par la femme de les restituer, elle doit les payer suivant l'estimation que le mari aura affirmée par serment ».

« Parce qu'il n'est pas juste de le forcer à vendre sa chose malgré lui, même à sa juste valeur (2) ».

« Et par conséquent il n'est pas obligé de garantir de l'éviction survenue par la contumace de sa femme ».

---

(1) Parce que celui à qui il a été fait un vol, ne peut pas toujours savoir par qui : c'est pourquoi aussi on ne peut pas le forcer au serment. Ce n'est pas pour cela par esprit de chicane qu'il défère le serment à celui qu'il soupçonne de vol, encore qu'il n'en soit pas certain.

(2) C'est-à-dire, à son prix.

Cæterum, « si propter res amotas egero cum muliere, et lis æstimata sit; an actio danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo acquisiit possessionem. Respondi: Qui litis æstimationem suffert, emptoris loco habendus est. Ideo, si mulier cum qua rerum amotarum actum est, æstimationem litis præstiterit, adversus vindicantem maritum, vel heredem mariti, exceptionem habet; et si amiserit possessionem, in rem actio (1) ei danda est». *l.* 22. Jul. *lib.* 17. dig.

XXII. Observandum etiam quod rerum amotarum actio damnum repræsentat (2), etiamsi postea dotis exactio competat ». *l.* 21. §. 3. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

« Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est ». *d. l.* 21. §. 4.

ARTICULUS IV.

Quando hæc actio cesset nec ne?

XXIII. Quum soluto matrimonio, rerum amotarum judicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio solvitur judicium ». *l.* 30. Pap. *lib.* 11. quæst.

At « redintegrato matrimonio, si iterum divortium factum erit, ob res amotas prioris divortii causa, item ob impensas, donationesque priore matrimonio factas, manere actionem existimavi (3)». *l.* 23. Afric. *lib.* 8. quæst.

XXIV. Tollitur etiam actio rerum amotarum altera actione electa, puta vindicatione.

Enimvero, ob res amotas, vel proprias viri, vel etiam dotales, tam vindicatio quam condictio (4) viro adversus mulierem competit, et in potestate est qua velit actione uti ». *l.* 24. Ulp. *lib.* 5. regul.

XXV. Non tollitur autem actio rerum amotarum in specie sequenti :

---

(1) *Publiciana :* et, si maritus excipiat se esse dominum, replicabit de æstimatione ipsi soluta.

(2) Id est, etiam ante tempus repetendæ dotis, mulier omne damnum quod vir ex rebus amotis sensit, aut lucrum quod ei interceptum est, statim restituere debet.

(3) Alias *existimavit;* non ipse Africanus cujus nomen præfert inscriptio legis; sed Julianus cujus sententiam Africanus refert, ut alias sæpissime. Ita jam observavimus in prefat. *part.* 2. *cap.* 1. *n.* 55.

(4) *Condictio ex injusta causa*, ad instar furtivæ.

Mais « si j'ai intenté l'action des choses soustraites contre ma femme, et que l'estimation en ait eu lieu, conserverai-je encore cette action dans le cas où elle en aura perdu la possession? Ce qui m'en faisait douter, c'est qu'elle avait acquis cette possession par dol. Mais j'ai répondu que celui qui a consenti l'estimation de la chose, est censé l'avoir achetée. D'où suit que, si la femme contre qui on a intenté l'action des choses soustraites, en a payé l'estimation, elle a une exception contre son mari ou son héritier, qui revendiqueraient les choses, et que si elle en a perdu la possession, il faut lui accorder une action réelle (1) ».

XXII. Il faut aussi observer que « l'action des choses soustraites est représentative du dommage (2), encore qu'elle puisse exiger dans la suite la restitution de sa dot ».

« On a de plus égard aux avantages dont la soustraction a privé le mari ».

ARTICLE IV.

Quand cette action cesse ou ne cesse pas d'avoir lieu.

XXIII. « Comme l'action des choses soustraites a lieu contre la femme, après la dissolution du mariage, elle cesse aussi de pouvoir être intentée quand le mariage est renouvelé ».

Mais « si le mariage renouvelé est encore suivi d'un nouveau divorce, on a pensé (3) que les soustractions faites en vue du premier mariage, comme les impenses et donations faites par ce premier mariage, laissaient subsister l'action des choses soustraites ».

XXIV. L'action des choses soustraites cesse aussi d'avoir lieu quand on en préfère une autre, comme, par exemple, la revendication.

En effet, « le mari a la revendication et l'action réelle (4) contre sa femme, pour les choses soustraites à lui personnellement, ou à la dot, et il peut intenter celle qu'il voudra à son choix ».

XXV. Mais l'action des choses soustraites ne cesse pas d'avoir lieu dans l'espèce suivante :

---

(1) L'action Publicienne; et si le mari excipe de ce qu'il est propriétaire, on lui repliquera que l'estimation lui a été payée.

(2) C'est-à-dire, que la femme doit réparer, même avant qu'elle puisse répéter sa dot, tous les dommages que ses soustractions ont fait éprouver à son mari, et même ce qu'elles l'ont empêché de bénéficier.

(3) Autrement *existimavit*; ce qui ne se rapporte pas à Africanus dont l'inscription de la loi porte le nom, mais à Julien dont Africanus cite l'opinion, comme en beaucoup d'autres endroits. Nous l'avons déjà observé dans la deuxième partie de notre préface.

(4) L'action réelle résultante d'un titre injuste, à l'instar de celle de la chose volée.

Nimirum « si, quum dos solveretur mulieri, aut satis doti fieret, dictum non esset actum iri rerum amotarum; nihilominus agi potest. Nam (1) et quum dos nulla est, eadem actio datur ». *l.* 8. Pomp. *lib.* 16. *ad Sab.*

Notandum superest quod « rerum amotarum actio, ob adulterii crimen, quo mulier postulata est, non differtur (2) ». *l.* 27. Pap. *lib.* 4. resp.

TITULUS III.

De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

Non propter impensas solum aut res amotas, sed etiam propter liberos fiebat retentio ex dote. Pars enim onerum matrimonii est, ut vir liberos ex matrimonio editos agnoscere et alere teneatur. Hinc subjicitur titulus *de agnoscendis et alendis liberis*: In quo agitur etiam propter materiæ affinitatem, de alimentis quæ liberi vicissim parentibus præstare tenentur, nec non de alimentis quæ liberti patronis, et patroni libertis exhibere debent.

SECTIO I.

De agnoscendis liberis.

Ad hanc materiam pertinent duo senatusconsulta: Plancianum ante Hadriani tempora factum, et alterum sub Hadriano.

Circa senatusconsultum Plancianum quod spectat eos liberos quibus se mulier post divortium prægnantem dicit; expendemus: 1°. quæ desiderentur a muliere, ut liberos illos vir agnoscere cogatur; 2°. quæ contra desiderentur a viro, ut eos non cogatur agnoscere; 3°. agemus de præjudicio quod locum habet quum vir aut uxor adversus senatusconsultum peccavit; vel contra, quum neuter peccavit.

Transibimus inde ad senatusconsultum factum Hadriani tempo-

(1) Quasi diceret: hæc enim actio non pendet a dote. Nam, etsi absque dote nupsisset mulier, hæc actio datur.

(2) Et in eo differt ab actione *de dote*. Hæc enim differtur, quia præjudicat judicio criminali; si enim judicaretur dotem reddendam, videretur præjudicari mulierem non esse adulteram. Ista autem *rerum amotarum* actio non præjudicat judicio criminali; et ideo non est differenda.

Savoir : « Quand en payant la dot, ou en satisfaisant d'une autre manière à cet égard, on n'aurait pas dit que l'action des choses soustraites aurait lieu, elle aurait encore lieu malgré cela, parce que (1) on serait encore admis à l'intenter quand il n'y aurait point de dot ».

Il nous reste à observer que « l'action des choses soustraites n'est pas différée parce que la femme est accusée d'adultère (2) ».

TITRE III.

De l'obligation de reconnaître et de nourrir ses enfans, ses parens, ses patrons et ses affranchis.

Le mari pouvait retenir une partie de la dot de sa femme, non-seulement pour ses dépenses et les choses soustraites, mais encore pour les enfans nés de leur mariage, parce que l'obligation de reconnaître et d'alimenter les enfans est une des charges du mariage dont ils sont nés. C'est pourquoi on a placé ici le titre *de l'obligation de reconnaître et de nourrir ses enfans*, où, par raison d'affinité, on traite aussi des alimens que les enfans doivent réciproquement a leurs parens, les affranchis à leurs patrons, et les patrons à leurs affranchis.

SECTION I.

De l'obligation de reconnaître ses enfans.

Il y a deux sénatus-consultes relatifs à cette matière ; le sénatus-consulte Plancien, rendu avant le tems d'Adrien, et l'autre publié sous ce même Adrien.

Par rapport au sénatus-consulte Plancien, qui concerne les enfans dont une femme se dit enceinte après son divorce, nous examinerons, 1°. ce qu'on exige de la femme pour obliger le mari à reconnaître de pareils enfans ; 2°. ce qu'on exige, au contraire, du mari pour le dispenser de les reconnaître. Nous traiterons, en troisième lieu, du préjugé qui a lieu quand le sénatus-consulte a été violé par le mari ou par la femme, ou quand il ne l'a été ni par l'un, ni par l'autre.

Nous passerons ensuite au sénatus-consulte rendu sous Adrien,

---

(1) Comme s'il disait que cette action est indépendante de la dot, parce que, quand il n'y aurait point de dot, on aurait encore la faculté de l'intenter.

(2) Et elle ne diffère en cela de l'action de la dot, qui est différée parce qu'elle préjudicie à l'action criminelle, en ce que, si l'on jugeait qu'il faut restituer la dot, on serait censé préjuger que la femme n'est pas coupable d'adultère; au lieu que l'action des choses soustraites ne préjudicie pas à l'action criminelle, raison pour laquelle elle n'est pas différée.

ribus, quod versatur circa agnoscendos liberos constante matrimonio editos.

Media inter illas duas tractatio est, de casu quo hoc ipsum quæritur, an partus constante matrimonio editus fuerit, vel an uxor fuerit ea quæ peperit. Videbimus denique, quando hæc senatusconsulta cessent.

ARTICULUS I.

De senatusconsulto Planciano.

I. « Plancianum senatusconsultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur; unam eorum qui agnoscunt (1), aliam earum quæ falsum partum subjiciunt ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

§. I. *Quæ ex senatusconsulto Planciano desiderentur a muliere, ut vir liberos quibus illa se post divortium ex eo prægnantem dicit, agnoscere teneatur?*

« Si mulier divortio facto, gravida se sciat, intra tricesimum diem viro denuntiare debet, vel patri ejus; ut ad ventrem inspiciendum observandumque custodes mittant: quibus missis, partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere (2) ». Paul. sent. *lib.* 2. *tit.* 24. §. 5.

II. Duo igitur ex senatusconsulto a muliere desiderantur: 1°. ut denuntiet se prægnantem esse; 2°. ut custodes, si quos vir miserit, admittat.

III. De facienda denuntiatione ita Ulp.: « Permittitur igitur mulieri, parentive in cujus potestate est, vel ei cui mandatum ab eis est, si putet prægnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito vel parenti in cujus potestate est; aut (ad) domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat ». *l.* 1. §. 1. *lib.* 34. *ad ed.*

Hinc liquet quando et quomodo hæc denuntiatio fiat, et quid continere debeat.

1°. Nimirum intra triginta dies fieri debet.

« Dies autem triginta continuos debemus, ex die divortii, non utiles ». *d. l.* 1. §. 9.

Sed et « si mulier esse se prægnantem intra triginta dies non denuntiaverit, postea denuntians, causa cognita audiri debebit ». *d. l.* 1. §. 7.

2°. Hæc denuntiatio ita fieri debet, ut ipsi viro, aut ei in cujus potestate est, aut domi ejus fiat.

---

(1) Id est, qui tenentur agnoscere partum.

(2) Permittitur tamen viro negare mulierem ex se esse prægnantem, ut videb. *n.* seq. in fine. Sed interim donec de ea re cognoverit judex, partum agnoscere et alere vir tenebitur.

par rapport à l'obligation de reconnaître ses enfans nés durant le mariage.

Entre le premier et le second de ces traités, nous examinerons le cas où l'on doute que des enfans soient nés pendant le mariage, ou qu'ils soient nés de l'épouse du mari. Nous dirons enfin quand ces deux sénatus-consultes cessent d'être applicables.

ARTICLE I.

Du sénatus-consulte Plancien.

I. Le sénatus-consulte Plancien, qui concerne l'obligation de reconnaître les enfans, renferme deux espèces ; l'une, de ceux qu'il oblige à reconnaître leurs enfans (1); l'autre, des femmes qui en supposent qui ne sont pas les leurs ».

§. I. *Ce que le sénatus-consulte Plancien exige de la part de la femme, pour que le mari soit tenu de reconnaître l'enfant dont elle se dit enceinte après le divorce.*

Si la femme se croit enceinte après le divorce, elle doit dénoncer sa grossesse à son mari ou à son beau-père, dans trente jours, afin qu'il place près d'elle des gardiens, à l'effet d'observer son état, et qu'il soit forcé de reconnaître l'enfant dont elle sera accouchée (2) ».

II. Ce sénatus-consulte exige donc deux choses de la femme, 1°. qu'elle dénonce sa grossesse ; 2°. qu'elle reçoive les gardiens que son mari placera près d'elle.

III. Ulpien dit, sur cette dénonciation, « que la femme, ou son père, si elle est sous sa puissance, ou celui qu'ils en ont chargé par mandat, peuvent donc, si elle se croit enceinte, le dénoncer à son mari ou à son père, si le mari est sous sa puissance, dans trente jours, à compter du divorce, ou à leur domicile, en cas qu'ils en soient absens ».

Ce qui indique assez quand et comment se fait cette dénonciation, et ce qu'elle doit contenir.

C'est-à-dire, 1°. qu'elle doit être faite dans trente jours.

« Mais il faut par ces trente jours, entendre trente jours consécutifs, et non trente jours utiles ».

Et même, « si la femme qui n'a pas dénoncé sa grossesse dans les trente jours, veut la dénoncer après ce délai, il faudra l'écouter en connaissance de cause ».

2°. Cette dénonciation doit être faite au mari lui-même, à celui sous la puissance de qui il est, ou à leur domicile.

---

(1) C'est-à-dire, qui sont tenus de reconnaître l'enfant.

(2) Il est cependant permis au mari de nier que la femme soit enceinte de lui, comme on le verra dans le numéro suivant ; mais dans l'intervalle de la dénonciation au jugement, il doit provisoirement reconnaître et nourrir l'enfant.

« Domum autem accipere debemus hospitium, si in civitate maneat. Quod si non sit, sed vel in villa, vel in municipio; illic ubi larem matrimonio collocaverunt ». *d. l.* 1. §. 2.

3°. « Denuntiare autem (debet) hoc tantum, esse mulierem ex eo prægnantem. Non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus : sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit prægnans : mariti est jam, aut mittere custodes, aut ei denuntiare quod non sit ex se prægnans ». *d. l.* 1. §. 3.

« Hoc autem vel ipsi marito, vel alii nomine ejus facere permittitur ». *d.* §. 3.

Hactenus de denuntiatione.

IV. Alterum quod a muliere desideratur, illud est, ut custodes, quos vir miserit, admittat.

« Sed si maritus ultro custodes offerat, et ea non admittat; vel si non denuntiaverit mulier; aut si denuntiaverit quidem, custodes autem arbitrio judicis non admiserit, liberum est marito parentive ejus partum non agnoscere ». *d. l.* 1. §. 6.

Cæterum, hæc pœna non nocet filio quem pariet, quominus ipse se filium esse probare possit. « Quinimmo, etsi in totum omiserit denuntiationem, Julianus ait nihil hoc nocere ei quod editur ». *d. l.* 1 §. 8.

§. II. *Quæ a viro desiderentur ex eodem senatusconsulto, ut non teneatur partum agnoscere?*

V. Vir cui mulier denuntiavit se esse prægnantem, debet contra denuntiare, aut custodes mittere.

« Pœna autem mariti ea est ut, nisi aut custodes præmiserit, aut contra denuntiaverit non esse ex se prægnantem, cogatur maritus partum agnoscere. Et, si non agnoverit, extra ordinem coërcetur ».

« Debebit igitur respondere non ex se prægnantem, aut nomine ejus responderi. Quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit ». *d. l.* 1 §. 4.

§. III. *An et quale præjudicium locum habeat vel pro filio vel contra, quum vir aut uxor adversus senatusconsultum peccavit, vel quum neuter peccavit?*

VI. Si mulier paruit senatusconsulto vir autem non paruit, redditur præjudicium quo vir cogitur partum agnoscere et alere. Contra, si mulier non paruit, vir hoc præjudicio absolvitur interim ab agnoscendo partu.

Cæterum, reddito etiam hoc præjudicio, partus in eadem semper causa est; ut jam modo supra obiter vidimus

Mais par ce domicile, il faut entendre leur maison, s'ils demeurent dans Rome; sinon leur métairie, ou leur habitation dans une autre ville où ils ont fixé leurs lares ou pénates pour leur mariage ».

3°. « La dénonciation doit porter que la femme est enceinte du mari, sans l'inviter à envoyer des gardiens, parce qu'il suffit à la femme de lui notifier sa grossesse. C'est au mari de les lui envoyer, ou de lui dénoncer à son tour qu'elle n'est pas enceinte de lui ».

« Cette dénonciation peut être faite par le mari lui-même, ou par un autre en son nom ».

Voilà ce qui concerne la dénonciation.

IV. La seconde chose exigée de la femme c'est de recevoir les gardiens.

« Si elle a refusé de les recevoir de son mari avant d'avoir fait sa dénonciation, ou de la part du juge après l'avoir faite, le mari ou son père, peuvent ne pas reconnaître l'enfant ».

Mais cela n'empêchera pas que l'enfant qui sera né d'elle ne puisse prouver la légitimité de sa naissance. Julien dit même que le défaut ou omission de dénonciation ne peut pas préjudicier à son enfant ».

§. II. *Ce que le sénatus-consulte exige du mari pour qu'il ne soit pas tenu de reconnaître l'enfant.*

V. Le mari à qui la femme a dénoncé qu'elle était enceinte, doit lui envoyer des gardiens, ou lui dénoncer qu'elle ne l'est pas de lui.

« La peine du mari est d'être forcé à reconnaître l'enfant, à défaut par lui d'avoir envoyé des gardiens, ou d'avoir dénoncé à sa femme qu'elle n'était pas enceinte de lui; auquel cas il y est contraint extraordinairement ».

« Il doit donc répondre, ou faire répondre en son nom, que sa femme n'est pas enceinte de lui; et s'il l'a fait, il ne sera tenu de reconnaître l'enfant qu'autant qu'il sera réellement prouvé qu'il était de lui ».

§. III. *S'il résulte un préjugé pour ou contre l'enfant, de ce que son père ou sa mère n'ont pas observé ou ont observé le sénatus-consulte, et quel est ce préjugé?*

VI. Si la femme a observé le sénatus-consulte, et que le mari y ait contrevenu, on préjuge que le mari sera tenu de reconnaître l'enfant, et de le nourrir. Si le mari l'a observé, et que la femme ne s'y soit pas conformée, le mari est provisoirement dispensé de reconnaître l'enfant.

Mais nonobstant ce jugement préalable, l'état de l'enfant est toujours le même, comme nous l'avons déjà remarqué en passant.

Et 1°. de casu quo vir peccavit « Julianus, libro 19 Digestorum, scripsit : Quod senatusconsulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex eo concepisse, et is cui denuntiatum erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit, neque contestato dixerit eam ex se prægnantem non esse, ut ei id quod editum sit agnoscere sit necesse, non eo pertinet ut si quis agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit. Quandoque (1) enim (inquit) cœperit causa agi, grande præjudicium affert pro filio confessio patris ». *d. l.* 1. §. 12.

Quocirca nota quod « idem Julianus scribit : Si uxore denuntiante se prægnantem, maritus non negaverit ; non utique suum illi partum effici ; cogendum tamen alere. Cæterum, esse satis injuriosum ait, si quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem prægnantem invenerit, et idcirco rejecerit ; si quid ex his quæ senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci ». *d. l.* 1. §. 14.

2°. De casu quo mulier peccavit, « idem per contrarium quoque ait : Si mulier, divortio facto, non fecerit ea quæ senatusconsulto præcipiuntur, ut liceat patri non agnoscere ; non eo pertinere, ut filius natus suum se dicere non possit ; sed ad id tantum, ut ita pater alere eum cogatur, si constiterit eum filium esse ». *l.* 1. §. 13.

VII. « Ex his apparet, sive uxor omiserit quæ eam ex senatusconsulto observare oportuit, nihil præjudicare filio, si filius est ; non tantum in jure sui, verum ne in alimentis quidem, secundum divi Pii rescriptum. Sive maritus neglexerit facere quæ ex senatusconsulto debet, natum cogitur omnimodo alere ; cæterum recusare poterit filium ». *d. l.* 1. §. 15.

Hinc Ulp. : « Si judex nutriti vel ali oportere pronuntiaverit ; dicendum est de veritate quærendum filius sit an non : *neque* enim alimentorum causa veritati facit præjudicium ». *l.* 10. *de his qui sui vel alien. lib.* 4. *ad l.* Jul. et Pap.

VIII. Quid si nec vir nec uxor adversus senatusconsultum peccavit ? Nimirum vel neuter peccat, quia neuter in ea causa fuit ut obtemperaret, vel quia uterque obtemperavit.

Primus casus. « Eleganter autem apud Julianum, libro 19 di-

(1) Legendum, *quandocumque etiam*. Sensus est : ex eo quod pater non contra denuntiaverit mulierem non esse ex ipso prægnantem, et sic agnoverit partum ; non plane quidem hinc probatur esse filium : sed ea res grande præjudicium, grandem præsumptionem pro eo partu affert.

Et, 1°. dans le cas où c'est le mari qui n'a pas observé le sénatus-consulte, « Julien dit que, suivant l'esprit du sénatus-consulte, si la femme a dénoncé à son mari qu'elle était enceinte de lui, et qu'il ne lui ait ni envoyé des gardiens, ni dénoncé qu'elle n'était pas enceinte de lui, il est obligé de reconnaître l'enfant; ce qui n'aurait pas lieu quand il déclarerait le reconnaître, et vouloir en faire son héritier, encore qu'il ait été conçu d'un autre. Cependant (1), ajoute-t-il, ces aveux seraient de fortes présomptions en faveur de l'enfant, lorsqu'il voudrait prouver la légitimité de sa naissance ».

Observez à cet égard que « le même Julien dit que si la femme a dénoncé sa grossesse, et que le mari n'ait fait que ne pas la nier, cela ne fait pas que l'enfant soit son fils; mais seulement qu'il est obligé de le nourrir; parce que, dit-il, il serait bien malheureux pour un individu qui aurait fait une longue absence, de trouver à son retour sa femme enceinte, de divorcer par conséquent, et d'avoir pour héritier l'enfant qui serait né, pour avoir négligé une formalité prescrite par le sénatus-consulte en pareil cas ».

2°. Dans le cas où c'est la femme qui a contrevenu au sénatus-consulte, « le même Julien dit aussi que si la femme, après son divorce, n'a pas fait ce que lui prescrivait le sénatus-consulte, pour que le mari pût ne pas reconnaître l'enfant dont elle était enceinte, cela n'empêcherait pas celui-ci de prétendre être le fils de son père, et de le forcer à lui fournir des alimens, si toutefois il pouvait prouver sa prétention ».

VII. « Il paraît, d'après ce qui a été dit, que, bien que la femme n'eût pas observé le sénatus-consulte, son fils n'en éprouverait aucun préjudice, s'il était réellement fils du mari, non-seulement par rapport à son état, mais encore par rapport à sa subsistance, suivant le rescrit d'Antonin-le-Pieux; et nonobstant la négligence du mari qui n'aurait pas fait ce que lui prescrivait le sénatus-consulte, il n'en peut pas moins refuser de reconnaître l'enfant de sa femme, mais il doit le nourrir ».

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si le juge a condamné le mari à nourrir ou à alimenter l'enfant, il n'en faut pas moins examiner la question de la paternité, parce que cette condamnation ne porte aucun préjugé contre la vérité de la chose ».

VIII. Que faut-il dire si le mari et la femme ont observé le sénatus-consulte, c'est-à-dire, s'ils n'ont rien fait de contraire, parce que ni l'un ni l'autre n'a pu s'y conformer, ou que l'un et l'autre s'y sont conformés?

Dans le premier cas, « Julien examine savamment s'il y a lieu

(1) Il faut lire *quandocumque etiam*. Le sens est que de ce que le mari n'aurait pas dénoncé à la femme qu'elle n'était pas enceinte de lui, et aurait ainsi reconnu l'enfant, il ne s'ensuivrait pas que cet enfant fût son fils; mais c'en serait une forte présomption.

gestorum, quæritur : si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit, et intra triginta partum ediderit, an senatusconsulto locus sit? Et ait, Plancianum senatucsonsultum cessare ; quia de eo partu non videtur sentire qui intra diem trigesimum nascatur : quippe dies triginta ad denuntiandum præstituit senatus ». *sup. d. l.* 1. §. 10.

Enimvero in hac specie, nec peccat mulier quæ peperit intra diem ipsi ad hanc denuntiationem concessum; nec vir peccat, quod non ipse denuntiaverit. Nam « illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere ». *d. l.* 1. §. 5.

Quid igitur juris sit in hac specie, quæritur; « sed hanc rem non facere præjudicium partui arbitror ». *d. l.* 1. *sup. d.* §. 10. *v. fin.*

IX. Alter casus. « Quemadmodum per contrarium, si maritus uxore denuntiante custodes miserit (1), nullum præjudicium sibi facit. Licebit igitur ei partum editum ex se negare (2); nec ei nocebit quod ventrem custodierit : et ita Marcellus, lib. 7 digest., scripsit. Ait enim : sive quis neget uxorem fuisse; sive ex se prægnantem, sine præjudicio recte mittit custodes; maxime si missurus id ipsum protestetur ». *d. l.* 1. §. 11.

Similiter : « Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse prægnantem, tametsi custodes non miserit, non evitabit quominus quæratur an ex eo mulier prægnans sit (3) ».

« Quæ causa, si fuerit acta apud judicem, et pronuntiaverit (quum de hoc agetur quod ex eo prægnans fuerit nec ne), in ea causa esse ut agnosci debeat, sive filius non fuit sive fuit, esse suum (4) ». *d. l.* 1. §. *fin.*

Idque « in omnibus causis. Quare et fratribus suis consanguineus erit ». *l.* 2. Julian. *lib.* 19. *dig.*

---

(1) Quo facto, vir senatusconsulto obtemperavit, ut vid. supra.

(2) Et hoc casu cognoscet judex an ex ipso sit, aut definitive, aut summatim saltem ut interim ab eo ali debeat.

(3) Obtemperavit quidem et hoc casu maritus senatusconsulto, quum negavit mulierem ex se esse prægnantem, quamvis custodes non miserit; alterutrum enim sufficit. Cæterum *non evitabit, etc.*

(4) Textus legis paulo obscurior sic debet construi, et conjungi cum duabus sequentibus. Si ea *causa fuerit acta apud judicem, et* (quum de hoc agetur an ex viro fuerit prægnans nec ne) judex *pronuntiaverit* partum *in ea causa esse ut agnosci debeat :* hoc casu, propter rei judicatæ auctoritatem, *sive* in rei veritate *filius non fuit*, sive fuit, dicendum est *esse suum*, id est, viri, non solum quoad hanc causam alimentorum, sed *in omnibus causis. Quare, etc.* Et vice versa dicendum est *non fore suum*, si judex *contra pronuntiaverit.*

au sénatus-consulte lorsque la femme accouche dans les trente jours, et n'a point dénoncé sa grossesse ; et il décide que le sénatus-consulte ne peut être invoqué, parce que ces trente jours ayant été accordés pour faire la dénonciation, il est censé ne s'être pas occupé du cas où la femme accoucherait dans ces trente jours ».

En effet, dans cette espèce, la femme n'a pas contrevenu au sénatus-consulte en accouchant dans les trente jours qui lui étaient accordés pour dénoncer sa grossesse, non plus que le mari, en ne dénonçant pas que sa femme n'était point enceinte de lui ; car « il faut observer que cette dénonciation du mari ne doit pas précéder celle de la femme ; mais, au contraire, la suivre ».

Que faut-il donc décider sur cette espèce? « Je pense que ce défaut de dénonciation ne peut pas porter préjudice à l'enfant ».

IX. *Second cas.* « Comme aussi, si le mari a envoyé des gardiens sur la dénonciation de sa femme, il ne se porte aucun préjudice (1); il lui sera donc encore permis de soutenir que l'enfant n'est pas de lui, après sa naissance (2), encore même qu'il ait envoyé des gardiens. Telle est l'opinion de Marcellus, car il dit que le mari qui a envoyé des gardiens n'a pas préjudicié à son droit de soutenir que la femme n'était pas enceinte, ou ne l'était pas de lui, surtout si telle a été sa déclaration en les envoyant ».

Il en sera de même « si, sur la dénonciation de la femme, le mari a allégué que l'enfant n'etait pas de lui, bien qu'il n'ait pas envoyé de gardiens; mais il restera à juger si la femme était ou n'était pas enceinte de ses œuvres (3) ».

« Si la cause a été portée devant le juge, et qu'il ait jugé que l'enfant était du mari, et qu'ainsi le père devait le reconnaître, lorsqu'il s'agira de décider si la femme était ou n'était pas enceinte de lui, il faudra dire qu'elle l'était, quand il en serait autrement (4) ».

Et cela, « pour tout ce qui en résulte : d'où suit que l'enfant sera le frère des autres ».

---

(1) Quoi faisant, il s'est conformé au sénatus-consulte, comme on l'a vu.

(2) Et dans ce cas le juge décidera si l'enfant est de lui, ou définitivement ou du moins provisoirement, pour l'obliger à nourrir l'enfant.

(3) Le mari a observé le sénatus-consulte dans ce cas, en déclarant que la femme n'était pas enceinte de lui, bien qu'il n'ait pas envoyé de gardiens, puisqu'il suffit de l'un ou de l'autre ; mais *il restera, etc.*

(4) Le texte de la loi est un peu obscur, et il faut le construire ainsi, en y joignant les deux lois suivantes. Si la cause a été portée devant le juge, et que du moment où il s'agira de juger si la femme était ou n'était pas enceinte de son mari, il ait déjà été jugé que l'enfant devait être reconnu, il faudra, à cause de l'autorité de la chose jugée, décider que l'enfant est le fils du mari, quand il ne le serait pas, et non-seulement pour forcer le mari à le nourrir, mais encore pour tout ce qui en résulte ; d'où suit que, etc., et s'il a été jugé le contraire, il faudra dire aussi le contraire.

« Sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem jus facere. Et ita Marcellus, libro 7 digestorum, probat: eoque jure utimur ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

ARTICULUS II.

De senatus-consulto Hadriani temporibus facto circa agnitionem partus.

X. Quia Plancianum senatus-consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatusconsultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur ». *d. l.* 3. §. 1.

Et quidem « filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium ».

« Non tamen ferendum Julianus ait eum qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur (quod et Scævola probat) si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa: vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse ». *l.* 6. *ff.* 1. 6. *de his qui sui vel alien.* Ulp. *lib.* 9. *ad Sab.*

ARTICULUS III.

De casu quo hoc ipsum in controversia est, an partus constante matrimonio, an postea editus sit, vel an mulier fuerit uxor.

XI. Quid si hoc ipsum in quæstionem veniat, utrum in matrimonio an postea editus sit? Dicendum est et super hoc ex senatusconsultis agendum (1) ». *l.* 3. §. 3. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

« Et quid sit, si an uxor fuerit disceptetur? Et Julianus Sexto-Cæcilio-Africano respondit, locum esse præjudicio (2) ». *d. l.* 3. §. 4.

---

(1) Licet incertum sit an quis constante matrimonio, an postea editus sit; nihilominus recte de eo agnoscendo ex supradictis senatusconsultis agetur. Ratio dubitandi erat quod (quum Plancianum proprie ad eum qui post divortium editus est, pertineat; senatusconsultum Hadriani temporibus factum, proprie ad eum qui constante matrimonio editus est) videbatur quandiu incertum esset, quo tempore editus esset, ex neutro agi posse. Tamen placuit nihilominus posse ex his senatusconsultis agi, et hoc ipsum posse eo præjudicio quæri quo tempore editus sit.

(2) Quum hoc ipsum in dubium revocatur an mulier fuerit uxor nec ne, partus non potest dici, constante matrimonio, aut post divortium editus.

« Mais si le juge a décidé, au contraire, que l'enfant n'était pas du mari, bien qu'il lui appartînt, il faudra encore se conformer à son jugement. Telle est l'opinion de Marcellus, et tel est aussi le droit que nous suivons à cet égard ».

ARTICLE II.

Du sénatus-consulte rendu sous Adrien, sur la reconnaissance des enfans.

X. « Comme le sénatus-consulte Plancien concernait les enfans nés après le divorce, il en fut rendu un autre du tems d'Adrien, sur la reconnaissance de ceux qui naissent dans le mariage ».

Et « nous définissons le fils, celui qui est né d'une femme et de son mari; mais si on suppose que le mari ait été absent, par exemple, pendant dix ans, et qu'à son retour il ait trouvé un enfant d'un an, nous adoptons l'avis de Julien, qui pensait que cet enfant n'était pas le fils de ce mari ».

« Julien dit cependant qu'il ne faut pas écouter un mari qui, ayant toujours habité avec sa femme, refuserait de reconnaître le fils de sa femme comme le sien; mais il me semble (et tel est l'avis de Scævola), que s'il était constant qu'un mari n'eût pas cohabité avec sa femme depuis un certain tems, par l'état de sa santé ou autrement, ou que quelqu'infirmité l'eût rendu incapable de devenir père, l'enfant qui serait né de sa femme, même à la connaissance de ses voisins, ne serait pas le sien ».

ARTICLE III.

Du cas où il s'agit de décider si l'enfant est né dans le mariage ou depuis le divorce, ou si la mère était la femme du mari qui le nie.

XI. « Que faut-il dire dans le cas où il s'agit de décider si l'enfant est né avant ou après le divorce? Il faut dire que, même dans ce cas, il faut agir en vertu des sénatus-consultes (1) »,

« Que faut-il dire s'il s'agit de savoir si la femme était l'épouse du mari? Julien répondit sur cette espèce à Sextus-Cæcilius-Africanus, qu'il y avait lieu au jugement préalable (2) ».

---

(1) Bien qu'on ignore si l'enfant est né avant ou depuis le divorce, on agira cependant pour sa reconnaissance, en vertu des sénatus-consultes ci-dessus. La raison d'en douter était que le sénatus-consulte Plancien ne concernait que les enfans nés depuis le divorce, et le sénatus-consulte rendu sous Adrien, que ceux qui étaient nés dans le mariage, et que ces deux sénatus-consultes ne paraissaient applicables qu'après la décision de l'une des deux époques de naissance; mais il a été décidé qu'on devait néanmoins agir en vertu de ces sénatus-consultes, même pour décider si l'enfant était né avant ou après la dissolution du mariage.

(2) Comme c'est précisément de savoir si la femme était ou n'était pas mariée qu'il s'agit, on ne peut pas dire si l'enfant est né avant ou après le

Observandum quod ait Modestinus in specie sequenti : ubi, « si neget, qui maritus fuisse dicitur, matrimonium esse contractum, eo quod eam, quæ se uxorem fuisse dicit, ancillam esse probare paratus sit, alimenta quidem liberis præstare interim compellendum : sin autem constiterit eam servam fuisse, nihil ei qui pascendos curavit, ex hoc præjudicium generare respondit ». *l.* 7. *lib.* 5. *resp.*

ARTICULUS IV.

Quando hæc senatusconsulta cessent ?

XII. Hæc senatusconsulta *de agnoscendis liberis*, vivo parente locum habent.

At vero « illud tenendum, hæc senatusconsulta post mortem parentis cessare, si is supersit, in cujus potestatem recasuri non sunt ». *l.* 3. §. 5. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

Supererit igitur duntaxat liberis hoc casu petitio hereditatis. « Quid ergo est in petitione hereditatis quam filius intendit ? Quæretur utrum ex eo natus sit cujus hereditatem petit, an non » ? *d.* §. 5. *v. quid ergo.*

XIII. Dicimus præjudicium hoc, quo quæritur an partus ex his senatusconsultis, agnoscendus sit nec ne, cessare post mortem parentis, quum nemo est in cujus potestatem partus ille, de quo quæritur, recasurus sit. « Adeo hoc verum est, ut Julianus, libro 19 digestorum, scribat : si vivo patre redditum sit præjudicium, et, antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad Carbonianum edictum (1) ». *d.* §. 5. *v. fin.*

Hujusce rei ratio evidens est. Nimirum « item hæc senatusconsulta pertinent ad eos qui sui heredes adgnascantur (2) : cæterum, si forte non sint in potestatem recasuri, verius est senatusconsulta cessare ». *d. l.* 3. §. 6.

XIV. « Quid ergo si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cujus potestatem recasurus (3) est, ut si ex filio ejus susceptus probetur ? Videndum quid dici debeat ? Et certe pro-

---

Nullum enim matrimonium aut divortium intelligi potest, si uxor non fuit. Hinc dubitabatur an posset agi præjudicio *de agnoscendo partu* ex senatusconsulto Planciano, quod ad partus post divortium editos ; aut ex senatusconsulto Hadriani, quod ad partus constante matrimonio editos pertinet. Definit autem agi posse ; et hoc ipsum in his præjudiciis disceptabitur, an mulier fuerit uxor.

(1) Hoc præjudicium, quamvis vivo patre redditum, cessat : et ille impubes qui se dicit filium, ex Carboniano edicto bonorum possessionem defuncti petit ; dilata in tempus pubertatis controversia de ejus statu. Vid. infra, *lib.* 37. *tit.* 10. *de Carbon. ed.*

(2) Id est, redduntur inter duas personas, quarum altera se alterius suum heredem dicit.

(3) Potius remansurus.

Il faut observer ce que dit Modestinus dans l'espèce suivante, où « il répond que si celui que la femme prétend avoir été son mari, nie avoir été marié avec elle, et offre de prouver qu'elle est son esclave, il doit être provisoirement condamné à nourrir l'enfant, et que s'il n'est pas prouvé que la femme soit son esclave, il n'y a rien à conclure de ce qu'il a fourni des alimens aux enfans nés d'elle ».

ARTICLE IV.

Quand ces sénatus-consultes cessent d'avoir lieu.

XII. Ces sénatus-consultes ont lieu pendant la vie du mari.

Mais « il faut tenir que ces sénatus-consultes n'ont pas lieu après la mort du père, s'il n'y a personne sous la puissance de qui l'enfant doive retomber ».

Cet enfant n'aura donc plus d'autre droit que la pétition d'hérédité. « Qu'entrera-t-il donc dans la pétition d'hérédité intentée par cet enfant? On examinera s'il est ou n'est pas né de celui dont il réclame la succession ».

XIII. Nous disons que le jugement préalable sur la question de savoir si l'enfant doit ou ne doit pas être reconnu en vertu de ces sénatus-consultes, cesse d'être applicable après la mort du père, s'il n'y a personne sous la puissance de qui l'enfant doive retomber. « Cela est si vrai, que Julien dit que si le jugement préalable a été rendu du vivant du père, et que celui-ci soit décédé avant le jugement définitif, il faut recourir à l'édit Carbonien (1) ».

La raison en est évidente : « C'est que ces sénatus-consultes concernent les enfans qui seront reconnus héritiers siens (2), et que s'ils ne doivent retomber sous la puissance de personne, le plus vrai est que ces sénatus-consultes ne peuvent plus être invoqués ».

XIV. « Que faut-il donc dire de l'enfant qui naît après la mort de son père, et du vivant de son aïeul, sous la puissance duquel il doit retomber (3)? Que faut-il dire encore s'il est prouvé qu'il

---

divorce, ou dans le mariage, dont l'existence est en question, puisqu'il n'y a ni divorce ni mariage si la femme n'a pas été mariée. C'est pourquoi on doutait qu'on pût agir sur la reconnaissance de l'enfant, en vertu du sénatus-consulte Plancien qui concerne les enfans nés après le divorce, ou en vertu du sénatus-consulte d'Adrien, qui a rapport à ceux qui sont nés durant le mariage. Mais il a été décidé qu'on pouvait agir conformément à l'esprit de ces sénatus-consultes, en vertu desquels on jugerait préalablement si le mariage avait existé ou non.

(1) Ce jugement cesse d'avoir lieu, bien que rendu du vivant du père, et l'impubère qui se dit son fils, demande la possession de ses biens en vertu de l'édit Carbonien, en renvoyant à sa puberté la question relative à son état. Voy. ci-après, *liv.* 37, le titre qui traite *de l'édit Carbonien.*

(2) C'est-à-dire, sont rendus entre deux individus dont l'un se dit héritier sien de l'autre.

(3) Ou plutôt doit rester.

bandum est, cum avo præjudicium de partu agnoscendo similiter agendum ». *d. l.* 3. §. 2.

SECTION II.

De alimentis quæ parentes liberis, et vicissim liberi parentibus, præstare tenentur.

§. I. *Inter quas parentum liberorumque personas obligatio alimentorum præstandorum consistat?*

XV. Maxima ratione liberi a parentibus alendi sunt. Nam « *necare videtur non tantum is qui partum præfocat, sed et is qui abjicit;* et is qui alimonia denegat; *et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet* ». *l.* 4. Paul. *lib.* 2. *sentent.*

Hinc, D. Pius « rescripsit ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud judicium juste eam procreatam ». *l.* 5. §. 6. Ulp. *lib.* 2. *de offic. consul.*

Vice versa, « parentum necessitatibus liberos succurrere justum est ». *l.* 1. *cod.* 5. 25. *de alend. lib.* Anton.-Pius.

XVI. « Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui juris constitutos, videndum est? Et magis puto etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus; et vice mutua alere parentes debere ». *sup. d. l.* 5. §. 1.

XVII. « Utrum autem tantum patrem, avumve paternum, proavumve paterni avi patrem, cæterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, cæterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum? Et magis est, ut utrubique se judex interponat, quorumdam necessitatibus facilius succursurus, quorumdam ægritudini Et quum ex æquitate hæc res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet ». *d. l.* 5. §. 2.

« Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est ». *d. l.* 5. §. 3.

« Ergo et matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos liberos alere: nec non ipsos eam ». *d. l.* 5. §. 4.

« Item Divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur ». *d. l.* 5. §. 5.

XVIII. Quod autem dicimus matrem et cæteros per sexum fœmininum ascendentes liberis alimenta debere, sic accipiendum est, si non sint pater, aut per sexum masculinum ascendentes, a quibus præstari possint.

Enimvero, « non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in fœminis est. Nam

soit fils du fils? Il faut décider qu'on rendra également le jugement préalable pour ou contre le beau-père ».

SECTION II.

Des alimens que les parens doivent fournir à leurs enfans, et que les enfans doivent réciproquement fournir à leurs parens.

§. I. *Entre quels parens et quels enfans a lieu l'obligation réciproque de se fournir des alimens.*

XV. C'est avec la plus grande raison que les parens sont obligés de nourrir leurs enfans; car « celui qui abandonne ses enfans, celui qui leur refuse des alimens, et celui qui les livre à une commisération qu'il n'a pas lui-même pour eux, n'en sont pas moins les assassins que celui qui étouffe les siens ».

C'est pourquoi Antonin-le-Pieux « dit dans un rescrit, qu'un père doit alimenter sa fille, s'il est constant pour le juge qu'elle soit légalement sa fille ».

Réciproquement, « il est juste que les enfans subviennent aux besoins de leurs parens ».

XVI. « Mais un père doit-il seulement alimenter les enfans qui sont sous sa puissance, ou doit-il alimenter aussi ceux qu'il a émancipés, ou qui sont devenus maîtres de leurs droits et actions de quelque autre manière? Je pense qu'il doit alimenter même ceux qui ne sont plus sous sa puissance, et qu'ils sont également obligés de l'alimenter lui-même ».

XVII. « Mais les enfans ne sont-ils obligés d'alimenter que leur père, leur aïeul et leur bisaïeul paternel, ou doivent-ils aussi fournir aux besoins de leur mère ou autres ascendantes maternelles? Le mieux est de dire qu'ils doivent être condamnés à secourir leurs parens des deux lignes dans leurs besoins et dans leurs maladies; et comme cette obligation a sa source dans l'équité et dans l'affection du sang, le juge doit peser dans sa sagesse les réclamations des parens ».

« Il en est de même des secours que les parens doivent à leurs enfans ».

« Nous forcerons donc une mère à nourrir ses enfans, et surtout s'ils sont bâtards, et ses enfans à la nourrir elle-même ».

« L'empereur Antonin-le-Pieux veut aussi qu'un aïeul maternel soit tenu d'alimenter les enfans de sa fille ».

XVIII. Mais ce que nous disons qu'une mère et autres ascendantes doivent des alimens à leurs enfans, s'entend du cas où il n'y a point d'ascendans paternels qui puissent leur en fournir.

En effet, si les enfans des enfans mâles sont à la charge de leurs ascendans paternels, il n'en est pas de même des ascendantes mater-

manifestum est id quod filia parit, non avo, sed patri suo esse oneri; nisi pater aut non sit superstes, aut egens est ». *l.* 8. Marc. *lib.* 1. *ad l.* Jul. et Pap.

Hinc, « si mater alimenta, quæ fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam, ita divus Marcus rescripsit Antoniæ-Montanæ in hæc verba : « *Sed et* quantum tibi alimentorum no- » mine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre ejus » præstari oporteat, judices æstimabunt. Nec impetrare debes ea » quæ exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses » etiamsi a patre suo educeretur ». *l.* 5. §. 14. Ulp. *lib.* 2. *de officio consulis.*

XIX. Vidimus qui parentes liberos alere teneantur, et vice versa. Observandum autem ita demum aliquem ad hoc obligari, si pro facultatibus id possit.

Hinc Divi fratres : « Competens judex a filio te ali jubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta præstare possit ». *l.* 2 *cod.* 5. 25. *de alend. liber.*

Vice versa, his demum debentur qui egent. « Sed si filius possit se exhibere, æstimare judices debent ne non debeant ei alimenta decernere. Denique, idem Pius ita rescripsit : « *Aditi* a te com- » petentes judices ali te a patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus; si modo, quum opificem te esse dicas, in ea valetu- » dine es, ut operi sufficere non possis ». *sup. d. l.* 5. §. 7.

Ex causa etiam ingratitudinis alimenta liberis denegantur.

Hinc Ulp. : « Idem judex æstimare debet, num habeat aliquid parens, vel an pater (quod) merito filios suos nolit alere. Trebatio denique Marino rescriptum est, *merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat* ». *d. l.* 5. §. 11.

XX. Cæterum nullum militiæ aut pupillaris ætatis privilegium ab hoc officio dispensat. Imo « a milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis existimat ratio ». *d. l.* §. 15.

Item, etiam « si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur : *iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, quum filius sit in facultatibus* ». *d. l.* 5. §. 13.

§. II. *Quid contineat hæc obligatio, et quandiu duret?*

XXI. Non tantum alimenta, verum etiam cætera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi præbere, rescriptis continetur ». *d. l.* 5. §. 12.

Cæterum, hæc obligatio ad exsolutionem æris alieni non porrigitur. Hinc « parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat,

nelles; car il est certain que les enfans d'une fille sont à la charge de leur père, et non à celle de leur aïeul, à moins que leur père ne soit décédé, ou réduit à la misère ».

C'est pourquoi si une mère répète les alimens qu'elle a fournis à ses enfans, contre leur père, il faut l'écouter avec certaines modifications, comme le dit Marc-Aurèle à Antonia-Montana, dans un rescrit en ces termes : « Le juge estimera même combien votre » mari vous doit pour les alimens que vous avez dû fournir à votre » fille, et vous ne devez pas en réclamer ce que la tendresse ma- » ternelle vous lui eût fait donner, lors même que son père l'eût » fait élever ».

XIX. Nous avons vu quels parens devaient alimenter leurs enfans, et quels enfans devaient alimenter leurs parens; mais il faut observer que cette obligation est subordonnée aux facultés des uns et des autres.

C'est pourquoi les deux frères disent : « Le juge compétent ordonnera à votre fils de vous fournir des alimens si ses facultés le lui permettent ».

Réciproquement, les parens et les enfans ne doivent des alimens à leurs enfans et à leurs parens, qu'autant qu'ils en manquent. « Si votre fils peut fournir à sa subsistance, les juges doivent estimer que vous ne lui devez point d'alimens. Le même Antonin-le-Pieux dit enfin dans un rescrit : « Les juges compétens à qui vous vous » adresserez, ordonneront à votre père de vous alimenter selon » ses facultés, si, étant ouvrier, comme vous le dites, votre » santé ne vous permet pas de travailler ».

On refuse également des alimens aux enfans pour cause d'ingratitude.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Le même juge doit examiner si le père ou le parent n'a pas quelques raisons pour refuser de nourrir ses enfans; car un rescrit adressé à Trebatius-Marinus, dit que c'est avec raison qu'un père refuse des alimens à un fils qui l'a dénoncé ».

XX. Au reste, ni le privilége de l'état militaire, ni celui de la minorité, ne dispense de cette obligation. Au contraire, « la raison prescrit à un fils, même militaire, d'alimenter ses parens, si ses facultés le lui permettent ».

Et « si un fils émancipé est impubère, il est forcé de secourir son père dans l'indigence, parce qu'il serait injuste qu'un père fût dans l'indigence tandis que son fils serait dans l'opulence ».

§. II. *De ce qui entre dans cette obligation, et combien elle dure.*

XXI. « Beaucoup de rescrits portent qu'un père doit être contraint non-seulement à nourrir ses enfans, mais encore à pourvoir à tous leurs autres besoins ».

Mais cette obligation ne s'étend pas jusqu'à celles de payer leurs dettes. C'est pourquoi « un rescrit dit que, bien que la raison

tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere filium, rescriptum est (1) ». *d. l.* 5. §. 16.

XXII. Hæc obligatio interdum ultra mortem porrigitur.

Hinc « item rescriptum est, heredes filii, ad ea præstanda quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabat invitos cogi non oportere; nisi in summam egestatem pater deductus sit ». *d. l.* 5. §. 17.

§. III. *Quomodo cogantur parentes liberis, et vice versa, alimenta præstare, et quid in ea cognitione quæratur?*

XXIII. « Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi ut a parente exhibeantur, judex de ea re cognoscet ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 2. *de officio consulis.*

« Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur. Quod si non præstentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiæ satisfacere ». *d. l.* 5. §. 10.

XXIV. Ita demum autem hoc impetrabitur, si se liberos aut parentes esse saltem summatim doceant.

Igitur, « si vel parens neget filium, idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim judices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt: cæterum si non constiterit, nec decernent alimenta ». *d. l.* 5. §. 8.

Similiter Severus et Antoninus: « Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. Quod si sponte non fecerit, aditus competens judex alimenta pro modo facultatum præstari tibi jubebit. Quod si patrem se negabit, quæstionem istam in primis idem judex examinabit ». *l.* 4. *cod.* 5. 25. *de alend. liber.*

Item divi fratres: « Si competenti judici, eum quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium ejus esse probaveris; alimenta ei pro modo facultatum præberi jubebit. Idem, an apud eum educari debeat, æstimabit ». *l.* 3. *cod. d. t.*

Cæterum, plena probatio non requiritur. Unde Ulp.: « Meminisse autem oportet, etsi pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati. Nec enim hoc pronuntiatur, filium esse; sed ali debere. Et ita divus Marcus rescripsit». *sup. d. l.* 5. §. 9.

(1) Vid. append. ad libros 14 et 15, supra.

naturelle oblige un fils à nourrir son père, il ne peut cependant être forcé à payer ses dettes (1) ».

XXII. Cette obligation s'étend quelquefois au-delà de la vie.

C'est pourquoi « un autre rescrit dit aussi que les héritiers du fils ne peuvent pas être forcés de donner à ses parens les secours que sa piété filiale leur donnait pendant sa vie, si ce n'est cependant à l'égard de son père, s'il est réduit à une extrême misère ».

§. III. *Comment les parens sont forcés à secourir leurs enfans, et les enfans à secourir leurs parens, et de ce qui est à examiner sur ces questions.*

XXIII. « Si un père demande à ses enfans, ou des enfans à leur père de les nourrir, le juge connaîtra de leur demande ».

« Si le père ou les enfans s'y refusent, il les condamnera à proportion de leurs facultés; et s'ils n'exécutent pas son jugement, il les y forcera en prenant des gages qu'il fera vendre ».

XXIV. Il n'en usera cependant ainsi qu'après s'être du moins sommairement assuré que les parties sont des pères et leurs enfans.

« Si *donc* celui qui refuse des alimens prétend n'en pas devoir au demandeur, parce qu'il n'est pas son fils ou son père, le juge examinera sommairement les preuves de ce motif, et ordonnera ou n'ordonnera pas les alimens demandés, selon qu'il sera prouvé que le demandeur est ou n'est pas le père ou le fils du défendeur ».

Sévère et Antonin disent également: « Si vous avez rempli vos devoirs envers votre père, il ne manquera pas de vous donner des preuves de sa tendresse paternelle. Mais si en cet état il refuse des secours, le juge compétent à qui vous vous adresserez lui ordonnera de vous fournir des alimens selon ses facultés. S'il excipe de ce qu'il n'est pas votre père, le juge examinera avant tout cette question ».

Et les deux frères disent aussi: Si vous prouvez devant le juge compétent que l'enfant que vous dites avoir eu de Claudius est son fils, il lui ordonnera de fournir des alimens à cet enfant, en raison de ses moyens. Il estimera pareillement s'il ne doit pas le faire élever chez lui ».

Au reste, il ne faut pas pour cela des preuves complètes. C'est pourquoi Ulpien dit: « L'on doit se rappeler que, bien que les juges aient ordonné les alimens, ce provisoire ne préjudicie en rien à la vérité des choses; parce qu'il ne juge pas que le demandeur est le fils du défendeur, mais seulement que ce dernier doit lui fournir des alimens. C'est ce que dit Marc-Aurèle dans un rescrit ».

(1) Voy. l'appendice des livres 14 et 15, ci-dessus.

SECTIO III.

De alimentis quæ patronis liberti exhibere debent, et vicissim.

ARTICULUS I.

De alimentis præstandis a liberto.

XXV. « Solent judices cognoscere et inter patronos et libertos, si de alendis his agatur ». *l.* 5. §. 18. Ulpian. *lib.* 2. *de offic. consul.*
« Sed et liberta cogitur patronum alere ». *d. l.* 5. §. 24.

Circa hanc obligationem videbimus ad quas personas porrigatur, quando locum habeat, et si quæ sit pœna si ei non satisfiat.

§. I. *Ad quas personas hæc obligatio porrigatur?*

XXVI. « Utrum autem tantum patroni alendi sint, an etiam patronorum liberi, tractari potest? Et puto, causa cognita, judices, et liberos quoque patronorum alendos decernere: non quidem tam facile ut patronos, sed nonnunquam et ipsos. Nam et obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere præstari ». *d. l.* 5. §. 20.

« Sed et libertus maternus alere cogitur ». *d. l.* 5. §. 21.
Item, patrem et matrem patroni, quum patronus et filii ejus minime supersint, alere egentes, ipsi liberti, si idonei facultatibus sunt, coguntur ». *d. l.* 5. §. 26.

XXVII. Cæterum, « si quis a liberti liberto ali se desideret, vel ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, quemque suis nummis (1) redemit, non debet audiri, ut et Marcellus scribit: exæquatque eum qui mercedes exigendo (2) jus libertorum amisit ». *d. l.* 5. §. 22.

§. II. *Quæ concurrere oporteat ut quis cogatur alimenta exhibere patrono?*

XXVIII. Ita demum liberti personis quibus ea deberi diximus, alimenta præstare cogentur, si tria concurrant.

---

(1) Nummis scilicet ipsius empti.

(2) Qui pro operis impositis mercedes exigit, jus patronatus amittit: ut videb. infra, *lib.* 38. *tit.* 1. *de operis libertorum.*

SECTION III.

Des alimens dus aux patrons par leurs affranchis, et aux affranchis par leurs patrons.

ARTICULUS I.

Des alimens dus au patron par son affranchi.

XXV. Il est d'usage que les juges connaissent des demandes en alimens entre les patrons et leurs affranchis ».

« Une affranchie est pareillement obligée de fournir des alimens à son patron ».

Nous examinerons, par rapport à cette obligation, à quelles personnes elle s'étend, quand elle a lieu, et quelle est la peine qu'encourent ceux qui refusent de la remplir.

§. I. *A quelles personnes s'étend cette obligation.*

XXVI. « On peut encore demander si les affranchis ne sont tenus d'alimenter que leurs patrons, ou s'ils doivent aussi des alimens à leurs enfans. Je pense que les juges peuvent les obliger, avec connaissance de cause, à alimenter les enfans de leurs patrons, non pas toujours, mais dans certains cas; parce qu'ils doivent leurs services, non-seulement à leurs patrons, mais encore à leurs enfans ».

« Cette obligation s'étend même aux affranchis maternels ».

Et « les affranchis qui en ont les moyens, doivent fournir des alimens au père et à la mère de leur patron qui sont dans l'indigence, lorsque leur patron n'existe plus, et qu'il n'a point laissé d'enfans ».

XXVII. Mais si un individu demande des alimens à l'affranchi de son affranchi, à celui qu'il a affranchi en vertu d'un fidéicommis, ou à celui qu'il a acheté avec de l'argent qu'il en avait reçu (1), il ne doit pas être écouté, comme dit Marcellus, et il faut l'assimiler à celui qui ayant reçu de l'argent de son affranchi, pour le dispenser de travaux qu'il lui avait imposés (2), a ainsi perdu son droit de patronage ».

§. II. *Des choses qui doivent concourir pour qu'un affranchi doive des alimens à son patron.*

XXVIII. Pour que les affranchis puissent être forcés à fournir des alimens aux personnes à qui nous venons de dire qu'ils en devaient, il faut que trois choses concourent :

---

(1) C'est-à-dire, des deniers de cet esclave acheté.

(2) Le patron qui exige de l'argent au lieu et à la place des services qu'il avait imposés à son affranchi en lui donnant la liberté, perd son droit de patronage, comme on le verra dans la suite au *liv.* 38, dans le titre qui traite *des services dus par les affranchis.*

1°. Si eos libertos esse summatim constiterit apud judices.

« Itaque si negent se esse libertos, cognoscere eos (1) oportebit: quod si libertos constiterit, tunc demum deceruere ut alant ».

« Nec tamen alimentorum decretum tollet liberto facultatem quominus præjudicio certare possit, si libertum se neget ». *d. l.* 5. §. 18. *v. itaque si.*

XXIX. Oportet 2°. ut ei qui petit, desit; liberto autem supersit.

Hinc Ulpianus : « Alimenta autem pro modo facultatum erunt præbenda, egentibus scilicet patronis. Cæterum, si sit unde se exhibeant, cessabunt partes judicis ». *d. l* 5. §. 19.

Consonat quod ait Paulus : « In bonis superstitum libertorum nullum omnino jus patroni, liberive patronorum habent; nisi si tam esse infirmos (se) tamque pauperes præsidibus probaverint. ut merito menstruis alimentis a libertis suis adjuvari debeant. Idque jus ita plurimis principum constitutionibus manifestatur ». *l.* 9. Paul. *lib. sing. de jure patronat.*

Igitur « de alimentis patronis arbiter solet dari, arbitraturus quantum sit in facultatibus; ut perinde possint alimenta moderari : quæ tandiu præstabuntur, quandiu liberto supersit, patrono desit». *sup. d. l.* 5. §. 25.

XXX. 3°. Denique oportet ut qui alimenta desiderat, non se indignum hoc beneficio præstiterit.

Recte, V. G. Marcellus : « Sed et patroni filium, qui capitis accusavit libertum paternum, negat exhibendum ». *d. l.* 5. §. 23.

§. III. *Quæ sit pœna liberti, debita patrono alimenta denegantis ?*

XXXI. « Imperatoris Commodi constitutio talis profertur : » Quum probatum sit, contumeliis patronos a libertis esse vio- » latos, vel illata manu atroci esse pulsatos, aut etiam paupertate, » vel corporis valetudine laborantes relictos : primum eos in po- » testatem patronorum redigi et ministerium dominis præbere » cogi. Sin autem nec hoc modo admoneantur, vel a præside emp- » tori addicentur, et pretium patronis tribuetur ». *l.* 6. §. 1. Mod. *lib. sing. de manumiss.*

ARTICULUS II.

De alimentis patrono præstandis.

XXXII. « Alimenta, liberto petente, non præstando patronus, amissione libertatis causa impositorum, et hereditatis liberti, pa-

(1) Judices.

1°. Il faut qu'on ait sommairement établi leur état devant le juge.

« C'est pourquoi, s'ils nient qu'ils soient affranchis, il faut que le juge décide cette question (1) avant de les condamner à fournir des alimens ».

« Et quoiqu'il les y ait condamnés, ils ne peuvent pas moins contester sur leur état, s'ils persistent à le nier ».

XXIX. 2°. Il faut que le patron soit dans le besoin, et que l'affranchi ait du superflu.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Les affranchis doivent, suivant leurs facultés, des alimens à leurs patrons indigens; et si ceux-ci ont de quoi vivre, ils ne peuvent rien demander ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Paul, que « ni les patrons, ni leurs enfans n'ont aucun droit sur le superflu de leurs affranchis, à moins qu'ils n'aient prouvé au président qui doit en connaître, qu'ils sont assez infirmes ou assez pauvres, pour qu'on doive leur accorder une somme par mois pour leurs alimens, et ce droit est confirmé par une foule de constitutions des princes ».

C'est pourquoi « on nomme ordinairement un arbitre pour estimer, d'après les facultés de l'affranchi, ce qu'il peut donner pour alimens à son patron; et il ne le doit donner qu'autant de tems que dureront ses facultés et les besoins du patron ».

XXX. 3°. Enfin il faut que celui qui demande des alimens ne se soit pas rendu indigne de ce secours.

Par exemple, Marcellus dit avec raison que « si le fils du patron a accusé l'affranchi de son père d'un crime capital, on ne doit pas condamner cet affranchi à lui fournir des alimens ».

§. III. *A quelle peine est soumis l'affranchi qui refuse à son patron les alimens qu'il lui doit.*

XXXI. « Voici à cet égard ce que dit une constitution de l'empereur Commode : « Lorsqu'il est prouvé qu'un patron a été grièvement outragé par son affranchi, qu'il en a été frappé, ou qu'étant malade ou pauvre, il en a été abandonné, on doit remettre l'affranchi sous la puissance du patron, et le forcer à le servir. S'il y manque, le président le fera vendre, et en donnera le prix à son patron ».

ARTICLE II.

Des alimens dont les patrons sont tenus envers leurs affranchis.

XXXII. « Si un affranchi demande des alimens à son patron, et que celui-ci les lui refuse, il en sera puni par la perte de ce que

(1) Le juge.

nietur. Non autem necesse habebit præstare, etiamse potest ». *d. l.* 6.

TITULUS IV.

De inspiciendo ventre custodiendoque partu.

Senatusconsultum Plancianum, de quo superiore titulo actum est, versatur circa speciem in qua mulier post divortium contendit se esse ex viro prægnantem. Duæ species affines in hoc titulo proponuntur. Prima est quum, divortio facto, vir mulierem ex se prægnantem esse contendit, mulier negat: altera, quum mulier, mortuo marito, se prægnantem contendit.

ARTICULUS I.

De casu quo vir mulierem esse prægnantem contendit, mulier autem negat.

I. « Temporibus divorum fratrum quum hoc iucidisset, ut maritus quidem prægnantem mulierem diceret, uxor negaret, consulti, Valerio-Prisciano prætori urbano rescripserunt in hæc verba: « *Novam* rem desiderare Rutilius-Severus videtur, ut uxori » quæ ab eo diverterat, et se non esse prægnantem profiteatur, » custodem apponat. Et ideo, nemo mirabitur si nos quoque no- » vum consilium et remedium suggeramus. Igitur, si perstat in » eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimæ fœ- » minæ domum, in qua Domitia (1) veniat, et ibi tres obstetrices » probatæ et artis et fidei, quæ a te assumptæ fuerint, eam inspi- » ciant. Et, si quidem vel omnes, vel duæ renuntiaverint præg- » nantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde cus- » todem admittat atque si ipsa hoc desiderasset. Quod si enixa non » fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam per- » tinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam « mulieris injuriam. Si autem vel omnes, vel plures non esse gra- » vidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 24. *ad ed.*

II. « Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatusconsulta *de liberis agnoscendis* (2) locum non habuisse, si mulier dissimularet se prægnantem, vel etiam negaret. Nec immerito (3): partus

(1) Uxor Rutilii-Severi quæ se negabat prægnantem.

(2) De quibus præcedenti titulo actum est.

(3) *Nec immerito* confugiendum fuit ad novum remedium, deficiente si-

l'affranchi lui devait pour prix de sa liberté et de ses droits sur sa succession; mais il ne sera point forcé à lui fournir des alimens, lors même qu'il en serait en état ».

TITRE IV.

De l'inspection et de la garde de la femme et de son enfant.

Le sénatus-consulte Plancien, dont on a traité dans le titre précédent, concerne le cas ou l'espèce dans laquelle la femme, après le divorce, prétend être enceinte de son précédent mari. Nous traiterons dans celui-ci de deux autres qui y ont rapport. La première est celle du mari qui, après le divorce, prétend que sa femme est enceinte, encore qu'elle le nie; et la seconde, celle de la femme qui se dit enceinte après la mort de son mari.

ARTICLE I.

Du cas où le mari prétend que sa femme est enceinte, et la femme qu'elle ne l'est pas.

I. Il arriva, du tems des deux frères, qu'un mari prétendit avoir laissé sa femme enceinte en s'en séparant, et qu'elle prétendit le contraire. Les deux frères, consultés sur ce cas par Valerius-Priscianus, préteur de la ville, lui répondirent par un rescrit en ces termes : « Rutilius-Severus paraît réclamer une chose nou-
» velle, en demandant à donner des gardiens à la femme avec la-
» quelle il a fait divorce, encore qu'elle proteste n'être pas en-
» ceinte. On ne sera donc point étonné de ce que nous lui donnons
» aussi un conseil, et lui suggérons un moyen pareillement nou-
» veau. S'il persiste dans cette demande, il ne peut rien faire de
» mieux que de choisir une femme honnête, chez laquelle (1) sa
» femme se retirera, et d'y appeler trois sages-femmes d'une pro-
» bité et d'une habileté reconnues, par lui également choisies,
» qui la visiteront; et si toutes trois, ou deux d'entre elles dé-
» clarent qu'elle paraît être enceinte, on lui ordonnera de recevoir
» un gardien, comme si elle l'avait demandé elle-même. Si ensuite
» elle n'accouche point, ce sera avec raison que son mari sera
» censé avoir fait une demande injurieuse à sa femme; et si, au
» contraire, les trois sages-femmes, ou deux d'entre elles, dé-
» clarent qu'elle n'est point enceinte, il n'y aura aucune raison de
» lui donner un gardien ».

II. « Il est évident, d'après ce rescrit, qu'il n'y avait pas lieu aux sénatus-consultes sur la reconnaissance des enfans (2), quand la femme cachait ou niait sa grossesse; ce qui était juste (3) : car

(1) Domitia, femme de Rutilius-Severus, qui niait sa grossesse.
(2) Dont on a parlé dans le titre précédent.
(3) Et il était juste de recourir à un autre expédient, tout moyen légal

enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum. Post editum plane partum a muliere, jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi, aut ducere permitti extra ordinem. Igitur princeps in causa necessaria subvenit ». *d. l.* 1. §. 1.

« Secundum quod rescriptum evocari mulier ad prætorem poterit, et apud eum interrogari an se putet prægnantem; cogendaque erit respondere ». *d. l.* 1. §. 2.

III. « Meminisse autem oportet tempus non esse præstitutum rescripto; quamvis in senatusconsultis *de liberis agnoscendis* triginta dies præstituantur mulieri (1). Quid ergo? semper dicemus marito licere uxorem ad prætorem evocare? an vero et ipsi triginta dies præstituimus? Et putem prætorem, causa cognita, debere maritum et post triginta dies audire » *d. l.* 1. §. 9.

IV. Muliere semel evocata, plures hic occurrunt quæstiones.

Et 1°. « Quid ergo si non responderit, aut non veniat ad prætorem? Numquid senatusconsulti pœnam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis prætoris (2), et in jus venire, et, si venit, respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si contemnat; vel mulctis coercenda ». *d. l.* 1. §. 3.

2°. « Quid ergo si interrogata dixerit se prægnantem? Ordo senatusconsultis (3) expositus sequetur ». *d. l.* 1. §. 4.

3°. « Quod si negaverit, tunc, secundum hoc rescriptum, prætor debebit obstetrices adhibere ». *d.* §. 4.

« Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere; sed omnes a prætore adhibendæ sunt ». *d. l.* 1. §. 5.

« Item, prætor domum honestæ matronæ eligere debet, in qua mulier veniat, ut possit inspici ». *d. l.* 1. §. 6.

3°. « Quid ergo si inspici se non patiatur, vel ad domum non veniat? Æque prætoris auctoritas interveniet (4) ». *d. l.* 1. §. 7.

---

quidem omni auxilio. Nec enim hoc casu viro suppetebat interdictum *de liberis exhibendis*, quia non est quod exhibeatur antequam editus sit partus: *partus enim, etc.*

(1) Vid. tit. præced. *n.* 3.

(2) Scilicet mulctæ dictione et captis pignoribus; ut mox dicitur.

(3) De quibus tit. præced.

(4) Scilicet cogetur mulctæ dictione et captis pignoribus, ut supra.

un enfant, avant sa naissance, fait partie de sa mère. Après la naissance de l'enfant; le mari a, comme tel, un interdit pour le demander, se le faire représenter, ou s'en emparer par voie extraordinaire. Le prince a donc donné son rescrit pour un cas où il était nécessaire ».

« Selon ce rescrit, la femme peut donc être appelée devant le préteur, y être interrogée et forcée de répondre sur sa grossesse ».

III. « Mais il faut se souvenir que ce rescrit ne fixe point de tems, bien que les sénatus-consultes sur la reconnaissance des enfans eussent fixé trente jours à la femme (1). Que décider à cet égard? Faut-il dire que le mari a toujours le droit d'appeler sa femme devant le préteur, ou qu'il n'a que trente jours pour cela? Je pense que le préteur peut, en connaissance de cause, l'écouter après les trente jours ».

IV. La femme appelée devant le préteur, il se présente plusieurs questions à résoudre.

1°. « Qu'arrivera-t-il, si elle n'y veut pas répondre, ou ne comparaît pas devant lui? Faut-il lui infliger la peine du sénatus-consulte, c'est-à-dire, donner au mari la faculté de ne pas reconnaître son enfant? Supposons qu'il aimât mieux le reconnaître que de rester sans-enfans, ce qui peut être; il faut donc que le préteur puisse la forcer (2) à se présenter devant lui; et si elle s'y présente, à y répondre, sinon qu'il saisisse des gages et les fasse vendre, ou qu'il la condamne à une amende ».

2°. Que dire si elle répond qu'elle est enceinte? Qu'il faut se conformer aux dispositions des sénatus-consultes (3).

3°. Si elle nie qu'elle soit enceinte, alors le préteur devra, suivant le rescrit ci-dessus, lui envoyer des sages-femmes.

Il faut pareillement observer que le mari ne peut pas les envoyer, ni la femme les appeler, et qu'elles doivent l'être par le préteur ».

« Le préteur doit aussi choisir une maison honnête, où la femme sera placée pour être visitée ».

4°. « Que dire si la femme ne veut pas être visitée, ou refuse de se rendre dans la maison indiquée par le préteur? Qu'il doit interposer encore son autorité pour l'y contraindre (4) ».

---

cessant; car le mari ne pouvait invoquer l'interdit sur l'obligation de représenter les enfans, puisque l'enfant n'étant pas né, ne pouvait pas être représenté; *partus enim, etc.*

(1) Voy. le titre précédent, *n.* 3.

(2) C'est-à-dire, l'y forcer, en la condamnant à une amende et en saisissant des gages, comme il est dit ci-dessus.

(3) Dont il a été parlé dans le titre précédent.

(4) C'est-à-dire, l'y contraindra, en la condamnant à une amende et en saisissant des gages, comme on a dit ci-dessus.

V. « Si omnes vel plures renuntiaverint prægnantem non esse; an mulier possit injuriarum experiri ex hac causa? Et magis puto agere eam injuriarum posse : sic tamen, si injuriæ faciendæ causa id maritus desideravit. Cæterum, si non injuriæ faciendæ animo, sed quia juste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eum illexerat ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, æquissimum erit ignosci marito ». *d. l.* 1. §. 8.

ARTICULUS II.

De casu quo mulier, mortuo marito, se prægnantem dicit.

VI. In hac specie « de inspiciendo ventre custodiendoque partu sic prætor ait : « *Si mulier*, mortuo marito, prægnantem se esse » dicet, his ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum, bis » in mense denuntiandum curet; ut mittant, si velint, *quæ ven-* » *trem inspiciant.*

» *Mittantur* autem mulieres liberæ duntaxat quinque (1). Hæ- » que simul omnes inspiciant, dum ne qua earum, dum inspicit, » invita muliere ventrem tangat.

» *Mulier* in domu honestissimæ fœminæ pariat, quam ego cons- » tituam.

» *Mulier* ante dies triginta quam parituram se putat, denuntiet » his ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, » si velint, *qui ventrem custodiant.*

» In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint » quam unus. Si erunt ex utraque parte, tabulis præfigantur. Ante » ostium ejus conclavis, liberi tres et tres liberæ cum binis comi- » tibus custodiant.

» *Quotiescumque* ea mulier in id conclave, aliudve quod, sive » in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant, et eos » qui introierint excutiant (2). Custodes qui ante conclave positi » erunt, si volunt, omnes qui conclave aut domum introierint, » excutiant.

» *Mulier*, quum parturire incipiet, his ad quos ea res pertinet, » procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant *quibus præsen-* » *tibus pariat.* Mittantur mulieres liberæ duntaxat quinque; ita ut, » præter obstetrices duas, in eo conclavi ne plures mulieres li- » beræ sint quam decem, ancillæ quam sex. Hæ quæ intus futuræ » erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua prægnans sit.

---

(1) Ita Paulus, *lib.* 2. *sent. tit.* 24. §. 8. : *venter inspicitur per quinque obstetrices, et quod maxima pars earum denuntiaverit, pro vero habetur.*

(2) Ne forte partus supponatur.

V. « Si toutes ces sages-femmes, ou le plus grand nombre d'entre elles, déclarent que la femme n'est pas enceinte; celle-ci pourra-t-elle intenter l'action en injure? Je pense qu'elle le pourra; si toutefois il apparaît que son mari ait eu l'intention de l'offenser; car s'il n'a point eu cette intention; mais, au contraire, a eu des raisons de croire sa femme enceinte, et a été déterminé à s'en assurer par le désir d'avoir des enfans, ou si elle l'a elle-même porté à le croire, en feignant d'être enceinte avant la dissolution du mariage, il sera de toute équité d'absoudre le mari ».

ARTICLE II.

Du cas où la femme se dit enceinte après la mort de son mari.

VI. Dans cette espèce, « le préteur s'énonce ainsi, sur la faculté de faire visiter la femme et de faire garder son enfant : « Si » une femme déclare être enceinte après la mort de son mari, elle » aura soin d'en répéter la déclaration deux fois par mois à ceux » que cette déclaration peut intéresser, ou à leur fondé de pou- » voirs, afin qu'ils envoient la visiter, s'ils le jugent à propos.

» Mais ils ne peuvent envoyer que cinq femmes libres (1), » lesquelles la visiteront toutes ensembles, sans qu'aucune d'elles » se permette de toucher son ventre sans son consentement.

» La femme fera ses couches dans la maison de la femme hon- » nête que j'aurai désignée à cet effet ».

» La femme aura soin, trente jours avant le terme où elle croira » devoir accoucher, de le dénoncer à ceux qui y auront intérêt, » ou à leurs fondés de procuration, afin qu'ils puissent, s'ils le » veulent, lui envoyer des gardiens.

» La chambre dans laquelle la femme devra accoucher n'aura » qu'une seule porte; s'il y en a deux, on en fera condamner une. » L'issue de cette chambre sera gardée par trois hommes et trois » femmes libres, avec deux adjoints.

» Toutes les fois que la femme entrera dans cette même cham- » bre, ou en sortira pour entrer dans une autre, ou dans son » bain, les gardiens ci-dessus pourront la visiter, et écarter tous » ceux qui seraient entrés (2) dans cette chambre ou dans la » maison.

» Lorsque la femme sentira les douleurs de l'enfantement, elle » le fera annoncer à ceux qui y ont intérêt, ou à leurs fondés de » procuration, afin qu'ils envoient des témoins à son accouche- » ment, et ils ne pourront y envoyer que cinq femmes libres, de » manière qu'il ne se trouve dans sa chambre que dix femmes li- » bres, six esclaves et les deux sages-femmes. On examinera s'il

(1) Paul dit : *la femme est visitée par cinq sages-femmes, et ce qu'a déclaré le plus grand nombre d'entr'elles est regardé comme vrai.*

(2) Pour éviter la supposition d'enfant.

» Tria lumina, ne minus, ibi sint : scilicet quia tenebræ ad sub-
» jiciendum (partum) aptiores sunt.

» *Quod* natum erit, his ad quos ea res pertinet, procuratoribus-
» ve eorum, *si inspicere volent*, ostendatur.

» *Apud* eum educetur, apud quem parens jusserit. *Si* autem
» nihil parens jusserit, aut is apud quem voluerit educari, cu-
» ram non recipiet; apud quem educetur, causa cognita cons-
» tituam.

» *Is* apud quem educabitur quod natum erit quoad trium men-
» sium sit, bis in mense : ex eo tempore, quoad sex mensium sit,
» semel in mense; a sex mensibus quoad anniculus fiat, alternis
» mensibus; ab anniculo quoad fari possit, semel in sex mensibus
» ubi volet, ostendat.

» *Si cui* ventrem inspici, custodirive, adesse partui licitum non
» erit, factumve quid erit quominus ea ita fiant, uti supra compre-
» hensum est, ei quod natum erit, possessione causa cognita non
» dabo (1); sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspici
» non licuerit. Quas utique actiones me daturum polliceor his
» quibus ex edicto meo bonorum possessio data sit : eas (si mihi
» justa causa videbitur esse) ei non dabo ». *d. l.* 1. §. 10.

VII. « Quamvis sit manifestissimum edictum prætoris attamen non est negligenda interpretatio ejus ». *d. l.* 1. §. 11.

» Denuntiare igitur mulierem oportet, his scilicet, quorum interest partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem ejus, sive ab intestato, sive ex testamento». *d. l.* 1. §. 12.

Et « qui ventri substitutus est, vel institutus, si ventrem servare velit, audiendus est ». *l.* 3. Paul. *lib.* 14. *ad Plaut.*

« Sed et si servus heres institutus fuerit, *si nemo natus sit*, Aristo scribit, huic quoque servo, quamvis non omnia, quædam tamen circa partum custodiendum arbitrio prætoris esse concedenda. Quam sententiam puto veram. *Publice enim interest partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit.* Ideoque etiam servus iste, quum sit in spe constitutus successionis, qualis sit, debet audiri ; rem et publicam et suam gerens ». *d. l.* 1. §. 13.

« Denuntiari autem oportet his quos proxima spes successionis contingit : ut puta primo gradu heredi instituto, non etiam substituto (2) : et, si intestatus paterfamilias sit, his qui primum locum

(1) Causa cognita, denegabo possessionem Carbonianam quæ ventri datur : de qua infra, *lib.* 37. *tit.* 10. *de Carbon. edict.*

(2) Id est, ei qui substitutus est huic heredi instituto, cui denuntiatio fieri debet : secus, si ventri substitutus sit; ut mox supra, *l.* 3.

» n'y en a aucune qui soit enceinte avant de les faire entrer. Il y » aura au moins trois lumières dans la chambre, parce que l'obscu- » rité pourrait favoriser une supposition de part.

» On fera voir l'enfant quand il sera né à ceux qui y auront in- » térêt, ou à leurs fondés de pouvoirs, afin qu'ils l'examinent, si » bon leur semble.

» Cet enfant sera élevé chez la personne indiquée par son père; » et si son père n'a désigné personne, ou que la personne désignée » refuse de le recevoir, je nommerai, en connaissance de cause, » celui qui devra s'en charger.

» L'individu qui élevera l'enfant le fera voir où il voudra deux » fois par mois, jusqu'à ce qu'il en ait trois, une fois par mois » pendant les trois suivans, une fois tous les deux mois jusqu'à » ce qu'il ait un an, et une fois tous les six mois depuis l'âge d'un » an jusqu'à ce qu'il puisse parler.

» Si la femme n'a pas été visitée, si elle n'a pas été gardée, si » on n'a pas assisté à son accouchement, et si elle a empêché » qu'on observât tout ce qui est dit ci-dessus, je refuserai, en » connaissance de cause (1), la possession à son enfant, ainsi » que les actions que je promets à ceux à qui la possession des » biens est donnée par mon édit, si j'en trouve des raisons suf- » fisantes ».

VII. « Quoique l'édit du préteur soit très-clair, il est cependant utile d'en fixer le sens par l'interprétation ».

« Il faut donc savoir que la femme doit dénoncer sa grossesse à ceux qui ont intérêt à ce qu'elle ne donne point d'enfans, parce qu'alors ils seraient héritiers en tout ou en partie du défunt *ab intestat*, ou en vertu de son testament ».

« Et il faut écouter aussi l'héritier substitué au ventre, ou institué, qui demande à surveiller la femme ».

« Et même, si le défunt qui a institué un esclave son héritier, dans le cas où il ne laisserait pas d'enfant, suivant Ariston, on doit accorder à cet esclave, non pas tout, mais une partie quelconque de ce que l'édit accorde à l'héritier légitime; et je trouve cette décision fondée, parce qu'il importe à l'intérêt public, comme à la dignité des ordres et à l'honneur des familles, d'empêcher les suppositions d'enfant : d'où suit qu'il faut écouter cet esclave, quel qu'il soit, comme habile à hériter du défunt, parce qu'il fait l'affaire du public en faisant la sienne ».

« Mais la femme n'est tenue de dénoncer sa grossesse qu'à l'héritier présomptif, c'est-à-dire, à l'héritier institué au premier degré, et ne doit pas la dénoncer à celui qui lui est substitué (2).

---

(1) Je refuserai la possession Carbonienne qui se donne au ventre, et dont on parlera *lib.* 37. au titre qui traite *de l'édit Carbonien.*

(2) C'est-à-dire, à celui qui est substitué à l'héritier institué, auquel la dénonciation doit être faite. Il en serait autrement s'il était substitué à l'enfant, comme on l'a vu ci-dessus *l.* 3.

ab intestato tenent : si vero plures sint simul successuri, omnibus denuntiandum est ». *d. l.* 1. §. 14.

VIII. Non solum his quos proxima spes hereditatis defuncti mariti contingit, sed generaliter omnibus, quorum proxime interest, partum custodire permittendum est : ut liquet ex specie sequenti : « Is a quo *si sine liberis decessisset*, quidquid ad eum ex bonis pervenisset, sorori fideicommissum relictum erat, decessit posthuma herede instituta et substitutis aliis. Quæsitum est, quum uxor defuncti prægnantem se dicat, an sorori (1) procuratorive ejus, secundum formam edicti, ventrem inspicere, et partum custodire permittendum sit? Respondi : in ejusmodi specie de qua quæreretur, posse videri ad ejus cui fideicommissum datum esset, sollicitudinem perspiciendum; idque causa cognita statuendum ». *l.* 4. Scæv. *lib.* 20. dig.

IX. Prætor, si ea, quæ servari jubet, servata non fuerint, hoc edicto partui bonorum possessionem denegat.

Hinc « edictum de custotiendo partu derogatorium est ejus quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est ». *l.* 2. Jul. *lib.* 24. dig.

« Sed hoc aliquando remittere prætor debet; si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur ». *d. l.* 2. §. 1.

Enimvero, « quod prætor ait, *causa* cognita se possessionem non daturum, vel actiones denegaturum, eo pertinet, ut, si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his quæ prætor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his quæ leviter observanda prætor edixit, non sit factum, partui denegari bonorum possessionem? sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem, et partum, et infantem oportet». *sup. d. l.* 1. §. *fin.*

---

(1) Ratio dubitandi erat quod, quum defunctus alios heredes scripserit, spes hereditatis defuncti illam non contingebat. Ratio decidendi est, quod spes hereditatis defuncti illam non contingebat. Ratio decidendi est, quod alia ratione ejus intersit; scilicet propter fideicommissum ei a defuncto, si *sine liberis decederet* institutus, relictum.

Si le défunt est mort *intestat*, la femme doit dénoncer sa grossesse au plus proche héritier *ab intestat;* mais s'ils sont plusieurs institués au même degré, elle doit la dénoncer à chacun d'eux ».

VIII. La faculté de surveiller la femme appartient, non-seulement aux héritiers immédiats du mari, mais en général à tous ceux qui ont un intérêt immédiat, comme on va le voir dans l'espèce suivante : « Celui qui, dans le cas où il lui reviendrait quelque chose de la succession d'un individu, était chargé d'en remettre quelque chose à sa sœur, par un fidéicommis, s'il décédait sans enfans, est décédé ayant institué une fille posthume, et lui ayant substitué d'autres personnes. On m'a demandé si sa femme se disant enceinte après sa mort, on devait, suivant les termes de l'édit, permettre à sa sœur (1), ou à son fondé de pouvoir, de faire visiter la veuve, et de surveiller son enfant. J'ai répondu qu'on me paraissait devoir prendre en considération la sollicitude de la sœur par rapport à son fidéicommis, sur quoi on devait statuer en connaissance de cause ».

IX. Si ce que le préteur ordonne par son édit n'a pas été observé, il refuse, par ce même édit, la possession des biens à l'enfant.

C'est pourquoi « l'édit, concernant la surveillance de l'enfant à naître, est dérogatoire à celui qui a été rendu à l'instar du décret Carbonien ».

« Mais le préteur doit quelquefois se relâcher de cette rigueur, si ce n'est point par malice, mais par impéritie, que la femme n'a pas pourvu à la surveillance de son etat et de son enfant ».

En effet, ce que dit le préteur, qu'il refusera en connaissance de cause la possession des biens, ou les actions qui y sont relatives, ne veut pas dire que l'omission d'une des choses qu'il prescrit doive préjudicier à l'enfant, lorsqu'elle sera l'effet de l'ignorence de sa mère; car que serait-ce, s'il fallait priver cet enfant des biens de son père, parce que sa mère aurait négligé la plus légère des circonstances prescrites par l'édit? Il faut donc se conformer à l'usage du pays, par rapport à la surveillance de la mère et de l'enfant ».

---

(1) La raison de douter était que le défunt ayant institué d'autres héritiers, sa succession ne la concernait pas. La raison de décider est qu'elle a un autre intérêt, c'est-à-dire, celui du fidéicommis qu'il lui a laissé dans le cas où il décéderait sans enfans.

TITULUS V.

Si, ventris nomine, muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

VIDIMUS, superiore titulo, quomodo occurratur delicto mulieris quæ, mortuo marito, partum supponere vellet. Transeunt Pandectarum ordinatores ad aliam speciem delicti mulierum, quæ, *ventris nomine*, missæ in possessionem bonorum viri, eam dolo ad alium transferrent.

Hujus delicti coercendi causa proposuit prætor edictum quod hoc titulo exponitur.

I. « Hoc edicto rectissime prætor prospexit ne, dum in favorem partus, possessionem polliceatur, aliis prædæ occasionem præbeat ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 34. *ad ed.*

« Idcirco constituit actionem in mulierem, quæ in alium hanc possessionem dolo malo transtulit ». *d. l.* 1. §. 1.

« Dolo autem facit mulier, non (tantum) quæ in possessionem venientem non prohibet, sed (etiam) quæ circumscribendi alicujus causa, clam et per quamdam machinationem in possessionem introducat ». *l.* 2. Paul. *lib.* 37. *ad ed.*

II. « Non solum mulierem prætor coercet, verum eum quoque in cujus potestate ea fuerit: scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus ». *sup. d. l.* 1. §. 1. *v. non solum.*

« Et si filiafamilias sit quæ dolo fecit, in patrem dabitur actio, si quid ad eum pervenerit ». *d. l.* 1. §. 5.

« Si et patris et filiæ factum arguetur, in alterum, quem actor velit (1), reddenda est actio; quia in id quod agentis interest, datur ». *sup. d. l.* 2. §. 1.

III. Prætor ergo actionem in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit ejus qui experitur ». *sup. d. l.* 1. §. 1. *v. fin.*

« Ideo si id quod ei abest, ab eo qui in possessione est (2) servari possit: præter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei hæc actio ». *sup. d. l.* 1. §. 1. *v. fin.*

« Interest autem ejus qui experitur, admissum alium in pos-

(1) Non in utramque personam; quia hæc actio datur in id quod ejus interest. Non debet autem actor id ab utroque consequi: nec enim bona fides patitur ut bis idem exigatur.

(2) Male legitur in Florent. *in potestate*. Substituendum *in possessione*: ut recte Cujacius et veteres doctores observant.

TITRE V.

Du cas où la mère a transmis frauduleusement à un autre la possession des biens accordés à l'enfant dont elle devait accoucher.

NOUS avons vu dans le titre précédent, comment on a pourvu à ce que la femme ne fît pas de supposition d'enfant après la mort de son mari. Les rédacteurs des Pandectes passent, dans celui-ci, aux moyens d'empêcher une autre espèce de délit de sa part, c'est-à-dire, de l'empêcher de transmettre frauduleusement à un autre la possession des biens qui lui auraient été accordés au nom de l'enfant dont elle devait accoucher.

C'est pour éviter ce crime que le préteur a rendu l'édit qu'on va expliquer sous ce titre.

I. « Le préteur a très-justement pourvu par cet édit, à ce que la possession des biens qu'il avait promise à l'enfant à naître, ne devînt pas la proie d'un autre ».

« C'est pour cela qu'il accorde une action contre la femme qui a frauduleusement fait passer cette possession à tout autre ».

« Cette faute est censée commise, non pas par la femme qui n'empêche pas l'envahissement de cette possession, mais par celle qui, pour frustrer quelqu'un, l'a fait envahir clandestinement, et par machination ».

II. « Le préteur ne punit pas seulement cette femme, il punit aussi celui sous la puissance de qui elle est, si la possession des biens a été envahie par l'effet de leur dol commun ».

« Si la femme coupable de ce dol est encore fille de famille, on donnera action contre son père, pour peu qu'il en ait profité ».

« Si le dol a été pratiqué par le père et par la fille, le demandeur intentera l'action (1) contre l'un ou l'autre, à son choix, parce que cette action est relative à l'intérêt qu'il a à l'intenter ».

III. Ainsi le préteur « ne promet cette action contre eux qu'en raison de l'intérêt que pourrait y avoir le demandeur ».

« Par conséquent, s'il peut recouvrer ce qu'il a perdu, contre le possesseur (2), cette action n'aura d'effet que pour les dépens du procès ».

« Or, le demandeur a intérêt à ce que la possession des biens

---

(1) Et non pas contre l'un et l'autre, parce que cette action est relative à l'intérêt du demandeur qui ne peut pas obtenir la même chose de l'un et de l'autre, la bonne foi ne voulant pas qu'il l'obtienne deux fois.

(2) On dit donc mal-à-propos *in potestate* dans l'édition de Florence. Il faut y substituer *in possessione*, comme l'observe Cujas après les anciens interprètes.

sessionem non fuisse : quum forte bona fide fructus perceptos consumpserit; aut si prædo venerit in possessionem, a quo fructus consequi non possit, quia solvendo non est ». *sup. d. l.* 1. §. 3.

IV. « Hæc actio etiam post annum dabitur, quia rei habet persecutionem ». *d. l.* 1. §. 4.

V. « Necessario prætor adjecit : *Ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere.* Coget autem eum decedere, non prætoria potestate, vel manu ministrorum ; sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit ». *d. l.* 1. §. 2.

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine, in possessione calumniæ causa esse dicetur.

ALIAM adhuc doli speciem in muliere vindicat edictum quod hoc titulo proponitur; scilicet ejus quæ *calumniæ causa*, quum sciret se non esse prægnantem, mitti se in possessionem curavit.

§. I. *Ex qua causa hoc edictum proficiscatur, et quando huic sit locus ?*

I. « Et hoc eddictum ex eadam causa profisciscitur, qua superius. Debet enim prætor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nominé, ita calumniam ejus impunitam non relinquere ». *l.* 1. §. 1. Ulpianus, *lib.* 34. *ad ed.*

« *Per calumniam* autem in possessione fuisse videtur, quæ sciens prudensque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire ». *d. l.* 1. §. 2.

§. II. *Cui et adversus quem actio ex hoc edicto competat ?*

II. « Competit autem hæc actio ei cujus interfuit in possessionem missam non esse ; ut puta, vel coheredi (1) speranti partum, vel ei qui substitutus fuit, vel qui ab intestato (si partus non fuisset) succedere potuit ». *d. l.* 1. §. 6.

III. Non solum autem adversus ipsam mulierem, sed et « in parentem etiam prætor actionem pollicetur ; si modo per eum factum sit ut in possessionem per calumniam veniret ». *d. l.* 1. §. 5.

(1) Qui alioquin solus possedisset hereditatem.

ne reste pas dans les mains d'un autre, par exemple, lorsque celui-ci en a consommé les fruits de bonne foi, ou, s'il est de mauvaise foi, lorsqu'on ne peut pas les recouvrer contre lui, parce qu'il est insolvable ».

IV. « Cette action sera donnée même après l'année, parce qu'elle est réipersécutoire ».

V. « Le préteur a nécessairement dû ajouter : *Pour que celui qui s'est frauduleusement mis en possession soit contraint à la restituer ;* mais il ne l'y forcera pas par son autorité prétorienne, ni par les voies coactives, il le renverra d'une manière moins rigoureuse et plus civile, au droit ordinaire, par un interdit ».

TITRE VI.

Du cas où la femme s'est fait envoyer en possession des biens au nom de l'enfant dont elle se disait enceinte, pour en profiter injustement.

L'ÉDIT dont il s'agit dans ce titre, réprime une autre faute des femmes, c'est-à-dire, celle de la femme qui s'est fait envoyer en possession des biens pour en jouir injustement, sachant qu'elle n'était point enceinte.

§. I. *Quelle est la cause de cet édit, et des cas où il est applicable.*

I. « Cet édit procède de la même cause que le précédent, c'est-à-dire, de ce que le préteur accordant facilement la possession des biens à une femme, au nom de l'enfant dont elle se dit enceinte, doit punir celle qui aura abusé de cette facilité pour en profiter injustement ».

« Une femme est censée s'être fait mettre injustement en possession des biens, lorsqu'elle l'a demandé, sachant bien qu'elle n'était point enceinte ».

§. II. *A qui et contre qui l'action de cet édit est donnée.*

II. « Cette action appartient à celui qui avait intérêt à ce que la possession des biens ne fût pas accordée à la femme, comme, par exemple, aux cohéritiers de l'enfant (1), à celui qui lui est substitué, ou à celui qui eût hérité *ab intestat*, si le défunt n'eût pas laissé d'enfans ».

III. Ce n'est pas seulement contre la femme, mais encore « contre son père, que le préteur promet action, s'il a contribué à lui faire obtenir injustement la possession des biens ».

---

(1) Qui autrement eût possédé seul toute l'hérédité.

§. IV. *Quandiu hæc actio duret, et qua exceptione excludatur?*

V. « Hanc autem actionem prætor intra annum utilem pollicetur, ultra non; videlicet quasi (1) pœnalem ». *d. l.* 1. §. 3.

VI. Excluditur autem hæc actio exceptione jurisjurandi. Nam « si de possessione ventris nomine quæratur, et deferente herede mulier juraverit prægnantem se esse, servandum est jusjurandum; nec tenebitur mulier, quasi calumniæ causa fuerit in possessionem missa; nec vis ei facienda est post jusjurandum. Si tamen peperit, quæretur veritas, an ex eo prægnans fuerit. *Alteri enim nec prodest, nec nocet jusjurandum inter alios factum* : nec partui igitur nocebit ». *d. l.* 1.

TITULUS VII.

De concubinis.

Ad calcem tractationis de nuptiis, subjicitur titulus de concubinatu, propter utriusque conjunctionis affinitatem.

Enimvero concubinatus nomine apud Romanos non injusta et nefaria conjunctio intelligenda est, sed quoddam juris naturalis matrimonium legibus permissum, quod perpetuam et individuam vitæ societatem contineret ex voto contrahentium, non secus ac nuptiæ : quamvis facile posset ex sola pœnitentia dissolvi. Hoc ergo a nuptiis differt, quod hæ sint conjunctio civilis, et, proprie loquendo, *legitima;* concubinatus autem, utpote naturalis tantum, lege quidem permittente contrahitur, at non ex lege : unde et minus proprie *legitima* dicitur, et civilia jura non parit. Hinc qui ex concubinatu nascuntur, non sunt justi liberi; nec ipsi jura familiæ et gentis habent, nec pater in ipsos jus patriæ potestatis : neque tamen spurii sunt, quales ex furtivis prohibitisque conjunctionibus aut vulgivaga venere procreantur, sed nomine proprio dicti *liberi naturales* : quibus etiam jure novissimo quædam jura in bonis patris deficiente legitima sobole servantur : ut videbimus suo loco. Hinc et concubina non habet civile uxoris nomen; thori et mensæ particeps duntaxat, non etiam titulorum ac dignitatum viri. Inde est pariter quod talis conjunctio dotem non habeat. Hinc etiam quemadmodum sine ullo ritu contrahitur, ita nuda voluntate et absque ulla solennitate distrahitur. Uno verbo, ea quæ in nuptiis sunt juris civilis, concubinatus non habet : quæcumque autem juris naturalis sunt, utrique conjunctioni sunt communia.

(1) Eo nimirum sensu quod mulier in pœnam suæ calumniæ, huic actioni sit obnoxia. Cæterum non est proprie pœnalis, quum non pœnam, sed id duntaxat quod interest, persequatur.

§. IV. *Combien dure cette action, et de quelle exception elle est susceptible.*

V. « Le préteur promet cette action pendant une année utile, et non après, comme l'assimilant aux actions pénales (1) ».

VI. Mais cette action cède à l'exception du serment; car « s'il s'agit d'accorder la possession au nom de l'enfant à naître, et que l'héritier ayant déféré le serment à la femme, elle ait affirmé sa grossesse, on ne pourra plus arguer de l'injustice de sa possession, ni en rien exiger de plus. Cependant, après ses couches, on pourra encore examiner si l'enfant est réellement du défunt, parce que le serment prêté entre parties ne peut ni préjudicier, ni profiter à un tiers, ni par conséquent à l'enfant dont elle est accouchée ».

TITRE VII.

Des concubines.

Le titre concernant le concubinage suit celui qui traite des mariages, à cause de leur affinité

En effet, le concubinage n'était point chez les Romains une union illégale et criminelle; mais une espèce de mariage suivant le droit naturel, et permis par les lois civiles, lequel emportait une cohabitation perpétuelle comme le mariage légitime, selon l'intention des parties, encore qu'il pût se dissoudre plus facilement, dès qu'elles se repentaient de l'avoir contracté. Il différait donc du mariage en ce que le mariage était une union civile, et proprement légitime, et que le concubinage n'était qu'une union naturelle permise par les lois, mais non suivant les lois; non légitime par conséquent, et qui ne produisait point d'effets civils. C'est pourquoi les enfans qui en naissaient n'étant point légitimes, n'avaient point les droits de famille, et n'étaient point sous la puissance de leur père, sans cependant être des enfans sans père, comme ceux qui naissent de rencontres fortuites, et d'une passion spontanée, mais étaient appelés enfans naturels. Le droit nouveau leur avait même accordé des droits sur les biens de leur père, à défaut d'enfans légitimes, comme on le verra en son lieu. C'est pourquoi une concubine, bien qu'elle ne portât point le nom d'épouse proprement dite, partageait la couche et la table de son mari, et non ses titres et ses dignités. Cette union ne constituait point non plus de dot; elle se contractait sans cérémonies ni formalités, par le seul consentement des conjoints, et se dissolvait de même. En un mot, le concubinage n'était point un mariage selon les lois civiles, mais en tenait tout ce que l'un et l'autre ont du droit naturel.

(1) C'est-à-dire, en ce sens que la femme soit soumise à cette action en punition de son délit; car elle n'est pas proprement pénale, puisqu'elle n'a pour objet que l'intérêt du demandeur, et non une peine infligée à la partie adverse.

I. *Concubinatus* igitur est permissa viri et mulieris conjunctio, quæ matrimonium imitatur.

Unde, si quis concubinam habuerit, « nec adulterium (1) per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges (2) nomen assumpsit, extra legis pœnam est, ut et Marcellus, libro 7 digestorum, scripsit ». *l.* 3. §. 1. Marc. *lib.* 12. *institut.*

Circa concubinatum tria hic quæremus : 1°. quando concubinatus intelligatur, et quandiu duret ; 2°. quam mulierem in concubinatu habere liceat ; 3°. quis possit habere concubinam.

§. I. *Quando concubinatus intelligatur et quandiu duret?*

II. « Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet ». *l.* 4. Paul. *lib.* 19. *resp.*

« Concubina igitur ab uxore solo delectu (3) separatur ». Paul. *sentent. lib.* 2. *tit.* 20. §. 1.

Et quidem magis pro concubina quam pro uxore quis habere intelligitur eam cum qua nuptias contrahere non posset.

Contra, « in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore (4) quæstum fecerit ». *l.* 24. *ff.* 23. 2. *de ritu nupt. modest. lib.* 1. *regul.*

III. Tandiu concubinatus durat, quandiu voluntas non mutatur.

Hinc, « si patronus, libertam concubinam habens, furere cœperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur ». *l.* 2. Paul. *lib.* 12. *ad l.* Jul. et Pap.

§. II. *Quam mulierem in concubinatu habere liceat?*

IV. « Cum Atilicino sentio, et puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis (5), in quas stuprum non committitur (6) » *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 2. *ad* Jul. et Pap.

Quæ autem illæ sint, tradit Marcianus. Nimirum « in concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua ; et maxime ea quæ

(1) Id est, stuprum.

(2) Intellige leges Juliam et Papiam.

(3) Id est, sola animi destinatione. Ita recte legit Cujacius : vulgo male legitur *solo delicto ;* quæ lectio sensu caret.

(4) Hoc enim casu intelligitur esse concubinatus, quia nuptiæ cum tali muliere interdicuntur ingenuis ; ut vid. supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de ritu nupt.*

(5) Stupri.

(6) Id est, solas viles personas : in eas enim stuprum non cadit ; ut vid. infra, *lib.* 48. *tit.* 5. *ad leg. Jul. de adult. part.* 2.

I. Le concubinage était donc l'union d'un homme et d'une femme, permise par les lois, et à l'instar d'un mariage.

C'est pourquoi celui qui avait une concubine, « ne commettait point d'adultère (1) avec elle, parce que les lois (2) ayant donné un nom à cette espèce d'union, il était exempt de punition, ainsi que le soutient Marcellus.

Nous examinerons ici trois choses par rapport au concubinage; c'est-à-dire, 1°. ce qui le constitue et sa durée; 2°. quelle espèce de femme on pouvait avoir pour concubine; 3°. qui pouvait en avoir une.

§. I. *Ce qui constitue le concubinage, et quelle est sa durée.*

II. « Une concubine est constituée telle par la seule intention des deux parties ».

« Elle ne diffère donc d'une épouse que par cette intention réciproque (3) ».

Et même celui qui a une femme avec laquelle il ne peut pas contracter un véritable mariage a une concubine, et non une épouse.

Et réciproquement, « le commerce qu'on avait avec une femme libre était censé un mariage, et non un concubinage, lorsqu'il ne constituait point un trafic de prostitution (4) ».

III. Le concubinage ne durait qu'autant que les parties ne changeaient pas d'intention.

C'est pourquoi, « si un patron qui avait son affranchie pour concubine, devenait fou, on disait par indulgence qu'elle vivait en concubinage ».

§. II. *Quelle femme on pouvait avoir pour concubine.*

IV. « Je pense, avec Atilicinus, qu'on ne peut sans crime (5) avoir pour concubine qu'une femme qu'on n'est pas censé avoir corrompue (6) ».

Mais quelles sont ces femmes? Marcianus nous le dit. «On peut prendre pour concubine l'affranchie d'un autre, une femme libre

(1) C'est-à-dire, n'était point censé se livrer à une passion criminelle.

(2) Cela s'entend des lois *Julia* et *Papia*.

(3) C'est-à-dire, par la seule intention de l'être. Ainsi lit Cujas : et c'est mal-à-propos qu'on lit vulgairement *solo delicto*, ce qui n'a point de sens.

(4) Car dans ce cas il est censé y avoir concubinage, parce que de pareils mariages sont défendus aux ingénus, hommes nés libres, comme on l'a vu *liv.* 23, au titre *des cérémonies nuptiales*.

(5) Sans vivre dans la débauche.

(6) C'est-à-dire, qu'une femme avilie, espèce qu'on n'est jamais censé avoir corrompue, comme on le verra *liv.* 48, au titre de la loi *Julia, sur les adultères*, *part.* 2.

obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit. Alioquin si honestæ vitæ et ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente (1) non conceditur : sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem (2) stuprum cum ea committere ». *sup. d. l.* 3.

V. Præterea, eam non licet habere concubinam, cum qua conjungi jure gentium nefas sit.

Hinc « etiamsi concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur ». *l.* 56. *ff.* 23. 2. *de ritu nupt.* Ulp. *lib.* 3. *disput.*

Similiter, « si qua in patroni fuit concubinatu, deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere; quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio, et ideo hujusmodi facinus prohibendum est ». *sup. d. l.* 1. §. 3.

Eas autem quas jure duntaxat civili ducere uxores non licet, possumus habere concubinas.

Hinc, « qui damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto lege Julia *de adulteriis* teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur ». *d. l.* 1. §. 2.

Item, « concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest (3) ». *l. fin.* Paul. *lib.* 2. *sent.*

Denique, « cujuscumque ætatis concubinam haberi posse palam est, nisi minor annis duodecim sit ». *sup. d. l.* 1. §. *fin.*

§. III. *Cui liceat habere concubinam ?*

VI. Permittitur concubinam habere cælibi duntaxat. Unde « eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest ». Paul. *sent. lib.* 2. *tit.* 20. §. 1.

Hoc confirmavit Constantinus : « Nemini licentia concedatur, constante matrimonio, concubinam penes se habere ». *l. un. cod. h. tit.* 5. 26.

---

(1) *Manifestum faciente* eam se in concubinatum dedisse.

(2) *Recusantem* scilicet testationem super ea re facere.

(3) Non vero uxorem : supra *lib.* 23. *tit.* 2. *de rit. nupt. n.* 52.

de naissance, mais surtout celle dont l'état est inconnu, ou qui a fait commerce de prostitution. Mais si un individu veut avoir pour concubine une femme née libre et de mœurs honnêtes, on ne lui permettra qu'autant qu'elle manifestera publiquement qu'elle y a consenti (1); il sera, dans le cas contraire (2), forcé de la prendre pour femme; et s'il s'y refuse, il sera censé vivre dans la débauche ».

V. Il est pareillement interdit d'avoir pour concubine celle que le droit des gens ne permet pas d'épouser.

C'est pourquoi, si un individu a pour concubine la fille de sa sœur, quoique affranchie, il se rend coupable d'inceste ».

Il en est de même « d'une femme qui, après avoir été la concubine de son patron, devient celle de son fils ou de son petit-fils, et réciproquement; je pense qu'elle vit dans le crime, parce que ces sortes d'unions sont censées criminelles, et que par conséquent elles doivent être prohibées ».

Mais on peut avoir pour concubine une femme que le droit civil seul défend d'épouser.

Ainsi « je pense que celui qui a pour concubine une femme qui a été condamnée comme adultère, n'est pas passible des peines infligées par la loi Julia sur les adultères, encore qu'il les eût encourues en l'épousant ».

Celui qui exerce un emploi dans une province peut aussi prendre pour concubine une femme de cette province (3) ».

Enfin « il est certain qu'on peut avoir pour concubine une femme de tout âge, pourvu qu'elle n'ait pas moins de douze ans ».

§. III. *Qui peut avoir une concubine.*

VI. Il n'est permis qu'aux célibataires d'avoir des concubines. C'est pourquoi « celui qui a une femme ne peut pas avoir une concubine ».

Constantin confirma ce droit. « On ne permettra, dit-il, à personne d'avoir une concubine, tant qu'il aura une femme ».

---

(1) Qu'elle déclarera s'être donnée pour concubine.

(2) Ou elle se refuserait à cette déclaration.

(3) Bien qu'il ne puisse pas l'avoir pour femme. Voy. *liv.* 23, au titre qui traite *des cérémonies nuptiales*, *n.* 52.

APPENDIX AD TRES LIBROS SUPERIORES,

In qua exponitur jus Codicis et Novellarum.

De lucris nuptialibus, et secundarum nuptiarum pœnis.

CAPUT PRIMUM.

De lucris nuptialibus.

I. Lucrum nuptiale proprie appellatur quod conjux ex alterius conjugis bonis, propter matrimonium, seu matrimoniale pactum, lucratur; scilicet quod mulier, soluto morte viri matrimonio, ex ejus donatione *propter nuptias* consecuta est; aut quod vir, soluto morte mulieris matrimonio, ex dote ejus retinuit.

Nec refert ipsa mulier, an alius (et quidem extraneus), pro ea dotem dederit: perinde est enim ac si extraneus, id quod dedit, primum mulieri dedisset, et mulier postea in dotem viro attulisset; adeoque quod ex ea dote vir, soluto morte mulieris matrimonio retinet, lucrum nuptiale ab uxoris bonis profectum intelligitur. Vice versa, nil refert an ipse maritus, an alius pro eo donationem *propter nuptias* constituit. *l.* 5. *cod.* 5. 9. *de secund. nupt.*

Pro lucro nuptiali etiam habetur quidquid conjux ex quovis liberalitatis titulo ab altero conjuge accepit; puta ex testamento, aut ex donatione quæ morte donatoris confirmata sit.

II. Ante Novellam XCVIII, quandiu parens ad alias nuptias non convolabat, nullum jus proprium habuerunt in lucris nuptialibus liberi ex conjugio unde profecta erant suscepti: poteratque parens qui hæc consecutus erat, de his libere disponere, etiam erga extraneos, aut præcedentis matrimonii liberos.

Hoc tamen beneficium liberis concesserant Honorius et Theodosius, ut quidquid mater ipsorum ex sponsalitia ipsorum patris largitate (id est, *propter nuptias* donatione) perceperit, si de eo mater ipsorum non disposuerit, possint sibi ab intestato totum vindicare, exclusis præcedentis matrimonii liberis. *l.* 4. *cod.* 5. 9. *de secund. nupt.*

Theodosius et Valentinianus eodem beneficio liberos gaudere voluerunt, in his quæ pater ipsorum ex dote matris ipsorum lucratus esset: scilicet ut, si pater ipsorum de his non disposuerit, possint eas res ut maternas sibi vindicare; quemadmodum, quum mulier superstes fuit, quæ aliquid ex donatione *propter nuptias* lucrata de eo non disposuit, possunt hoc ut paternum sibi vindicare. *sup. d. l.* 5. *cod. d. t.*

III. Ita demum autem ad hæc lucra liberi admittebantur, si pa-

APPENDICE DES TROIS LIVRES PRÉCÉDENS,

Dans lequel on expose le droit du Code et des Novelles.

Sur les gains matrimoniaux et les peines infligées aux secondes noces.

CHAPITRE PREMIER.

Des gains matrimoniaux.

I. On appelle proprement gain matrimonial ce que l'un des époux acquiert des biens de l'autre, en vertu de leur mariage, ou des conventions sous lesquelles ils l'ont contracté; c'est-à-dire, ce que la femme reprend, au décès de son mari, sur ses biens, en vertu des donations qu'il lui avait faites en considération du mariage, ou ce que le mari, à la mort de la femme, retient de la dot qu'il en a reçue.

Et il importe peu qu'il l'ait reçue d'elle ou d'un autre, et même d'un étranger, parce qu'alors c'est comme si l'étranger eût d'abord donné à la femme, et ensuite la femme à son mari. C'est pourquoi ce que le mari retient de la dot de sa femme, le mariage ayant été dissous par la mort de cette dernière, est censé un gain matrimonial sur les biens de la femme: réciproquement, il importe pareillement peu que ce soit le mari ou un autre qui ait consenti la donation faite à la femme en considération du mariage.

On considère même comme gain matrimonial tout ce qu'un époux a reçu de l'autre à titre de libéralité, par testament, ou par une donation confirmée par la mort du donateur.

II. Avant la Novelle XCVIII, tant que le père ne contractait pas un nouveau mariage, les enfans n'avaient aucun droit sur les gains matrimoniaux qu'il avait reçus de celui dont ils étaient nés, et il pouvait en disposer en faveur des enfans d'un mariage précédent, et même au profit d'étrangers.

Cependant Honorius et Théodose avaient accordé à ces mêmes enfans le privilége de revendiquer *ab intestat*, et à l'exclusion de ceux d'un précédent mariage, tout ce que leur mère avait reçu de la libéralité de leur père, par donation en faveur du mariage, si elle n'en avait pas disposé.

Théodose et Valentinien avaient étendu ce privilége à ce que leur père avait retenu de la dot de leur mère; de manière que si leur père n'en avait pas disposé, ils pouvaient le revendiquer comme faisant partie des biens de leur mère, de même qu'ils pouvaient, lorsque leur mère avait survécu à leur père, revendiquer ce qu'il lui avait donné en vue du mariage, comme biens paternels, dans le cas où elle n'en aurait pas disposé.

III. Ils ne pouvaient jouir de ce privilége qu'autant que leurs

rens de his non disposuisset. Justinianus vero definivit primum, satis esse ad excludendos liberos, parentem de his bonis vel generaliter disposuisse, heredem instituendo. *l.* 8. §. 2. *cod. d. tit.*

At rursus contra statuit non aliter liberos ab his lucris excludi, nisi parens qui ad secundas nuptias non convolavit, expresse de his aut vivens alienando, aut etiam moriens et per ultimam voluntatem disposuerit. Expressa autem hujusmodi dispositione cessante, si extraneos ex parte aut etiam ex asse heredes scripserit, non ideo minus hæc lucra in solidum filios sibi vindicaturos, propter tacitam voluntatis parentis præsumptionem; eademque ratione filios, quamvis ex inæqualibus partibus heredes scriptos, tamen ea lucra in viriles partituros. *Novell. XXII*, *cap.* 20. §. 2.

IV. Totum hoc jus quod ex præcedentibus constitutionibus obtinebat, immutatum est Novella XCVIII, cap. 12, quæ statuit ut, quamvis mulier quæ ex donatione *propter nuptias*, aut vir qui ex dote aliquid lucrati fuerint, ad secundas nuptias non convolent, nihilominus usufructu contenti, hæc lucra filiis servare teneantur, nec de his possint disponere.

Postea, Novella CXXVII, cap. 3, voluit Justinianus ut parens ad alia vota non convolans, in horum lucrorum proprietate virilem cum liberis habeat, in reliquo usumfructum.

V. Observandum autem quod ex jam ante dicta Theodosii et Valentiniani constitutione possint liberi, si præmortui parentis hereditatem repudiaverint, hæc lucra, tanquam bona parentis qui ea lucratus erat, sibi vindicare; modo tamen ejus qui posterior mortuus est, adierint hereditatem. *sup. d. l.* 5. §. 1. *cod.* 5. 9. *de secund. nupt.*

Leo autem et Anthemius definiunt, lucra hæc de quibus non disposuit parens qui ad secunda vota non convolavit, licere liberis vindicare *etiam non adeuntibus hereditatem parentum. l.* 6. §. *fin. cod. d. tit.*

His verbis significare videntur dicti imperatores, liberis hoc licere, etiamsi neutrius parentis hereditatem adierint, nec ejus a quo lucra profecta sunt et qui prior mortuus est, nec ejus qui hæc lucratus posterior decessit. Verum Justinianus, in *l.* 8. §. 3. *cod. d. tit.*, rem sic explicat, ut ita demum liceat liberis qui non adierunt parentis hereditatem hæc lucra sibi vindicare, si nulli alii liberi, ex anteriore matrimonio nati, eam adierint.

Novella autem XXII, cap. 20, hoc immutavit, constituto ut

parens n'avaient pas disposé de leurs gains matrimoniaux; mais, Justinien décida premièrement, que pour qu'ils en fussent privés, il suffirait que leur père ou mère eussent disposé de ces gains matrimoniaux, même en général, en instituant un héritier.

Et ensuite il décide, au contraire, qu'ils le conserveront tant que leurs parens, n'ayant pas contracté de nouveau mariage, n'en auront pas expressément disposé de leur vivant, ou à leur mort, par leur dernière volonté; qu'à défaut de cette disposition expresse, quand ils auraient institué des étrangers pour leurs héritiers, en tout ou en partie, leurs enfans n'en pourraient pas moins revendiquer ces gains matrimoniaux, en vertu de la présomption d'une volonté tacite à cet égard; et que, par la même raison, quand leurs parens les auraient institués eux-mêmes héritiers par portions inégales, ils n'en partageraient pas moins également cette partie de leurs biens.

IV. Tout ce droit établi par les constitutions ci-dessus fut changé par la Novelle XCVIII, ch. 12, qui statua que le mari qui aurait gagné une partie de la dot de sa femme, ou la femme qui aurait gagné les donations que lui aurait faites son mari en vue du mariage, se contenteraient d'en conserver l'usufruit, tant qu'ils ne contracteraient pas de nouveau mariage; qu'ils ne pourraient pas disposer de ces gains matrimoniaux, et qu'ils seraient tenus d'en laisser la nue propriété à leurs enfans.

Et ensuite Justinien, par la Novelle CXXVII, chap. 3, voulut que les parens non-remariés les partageassent par portions égales avec leurs enfans, et ne conservassent que l'usufruit de leur portion.

V. Il faut encore observer que, d'après la constitution ci-dessus citée de Théodose et de Valentinien, les enfans qui avaient renoncé à la succession de leurs père ou mère prédécédés, pouvaient revendiquer les gains matrimoniaux qu'il avait faits, pourvu cependant qu'ils eussent accepté celle du survivant.

Mais Léon et Anthemius voulurent que les enfans pussent encore revendiquer les gains matrimoniaux de leurs père ou mère prédécédés sans s'être remariés, encore qu'ils eussent renoncé à la succession de l'un et de l'autre.

Ces empereurs semblent avoir voulu dire que les enfans avaient ce droit, bien qu'ils n'acceptassent ni la succession de leur père, ni celle de leur mère, c'est-à-dire, ni celle de celui des deux époux qui ayant reçu des gains était mort le premier, ni celle de celui qui, les ayant faits, aurait survécu à l'autre. Mais par le droit de Justinien, les enfans qui auraient renoncé à la succession de leur père ne pourront revendiquer ses gains matrimoniaux qu'autant qu'il n'y aura pas eu des enfans d'un autre mariage antérieur, qui l'aient acceptée.

Et par la Novelle XXII, chapitre 20, il changea ce droit, et

in his lucris liberi qui repudiaverint parentum hereditatem, æque cum eis qui eam adierint concurrant.

VI. Item observandum hæc jura liberis ita competere, nisi erga parentes ingrati fuerint. Novell. XXII, cap. 21.

VII. Hactenus de lucris nuptialibus quæ, soluto morte conjugis matrimonio, superstes ex præmortui bonis consequitur.

Justinianus autem de Novella XXII, cap. 30, jus quod circa hæc lucra liberis datum est, porrexit et ad ea quæ matrimonio per divortium, (sive bona gratia, sive alterutrius culpa, acciderit), aut per quemvis alium modum soluto, mulier ex donatione propter nuptias prioris viri, aut vir ex dote prioris conjugis lucrati sunt.

In eadem causa est quarta pars bonorum conjugis cujus culpa divortium contigit; quam alter conjux lucratur ex *l.* 11. *cod.* 5. 17. de repud. quum nulla suberat dos aut donatio propter nuptias quam lucrari posset.

VIII. Et hæc quidem de lucris nuptialibus, in casu quo conjux superstes ad alia vota non convolasset. Quid autem obtineat eo casu quo convolavit, patebit ex dicendis capite sequenti.

CAPUT SECUNDUM.

De pœnis secundarum nuptiarum.

Secundarum nuptiarum nomine, non secundæ tantum, sed et tertiæ et ulteriores significantur.

Quamvis secundæ illæ nuptiæ licitæ sint, imo et laudabiles, quum ad augendam civibus rempublicam conducant; eas tamen favore liberorum prioris matrimonii certis pœnis adstringi placuit: præcipue ne superstes conjux qui sobolem ex priori matrimonio posterioribus votis posthabuit, eam quoque lucris quæ prioris conjugis morte sibi obvenerunt posset ullo modo defraudare. Quod si liberi non sint, his pœnis non est locus.

Ex his pœnis quædam viro et mulieri communes sunt, quædam mulieri speciales.

ARTICULUS I.

De pœnis quæ viro aut mulieri ad secundas nuptias convolantibus communes sunt.

§. I. Prima pœna. *Ut prioris matrimonii liberis lucra serventur.*

IX. Ex constitutione Gratiani, Valentiniani et Theodosii (*l.* 3. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.), adversus mulierem quæ post mortem

voulut que ceux qui avaient renoncé à la succession de leur père, partageassent ses gains matrimoniaux avec ceux qui l'avaient acceptée.

VI. Il faut aussi observer que les enfans ne conservaient ces droits qu'autant qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables d'ingratitude envers leurs parens.

VII. Jusqu'ici il n'a été question que des gains matrimoniaux faits par l'époux survivant, sur les biens du prédécédé, lorsque leur mariage avait été dissous par la mort de l'un des deux.

Mais Justinien, par cette même Novelle XXII, chap. 30, étendit le droit donné aux enfans sur ces gains, au cas où le mariage avait été dissous par le divorce fait d'un consentement mutuel, et causé par la faute d'un des conjoints, ou survenu de tout autre manière, et aux gains provenus d'un mariage précédent.

Il en était de même de la quatrième partie des biens de l'un des époux qui avait donné lieu au divorce par sa faute, et que gagnait l'autre en vertu de la *l.* 11. *cod. sur les répudiations*, lorsqu'il n'y avait ni donation ni dot, qu'il pût gagner en totalité ou en partie.

VIII. Ces dispositions ne sont applicables qu'aux gains matrimoniaux qui avaient lieu dans le cas où l'époux survivant ne s'était pas remarié. On va voir dans le chapitre suivant ce qui se pratiquait dans le cas contraire.

CHAPITRE II.

Des peines infligées aux secondes noces.

Par secondes noces, on entend, non-seulement les secondes, mais encore les troisièmes et suivantes.

Bien que ces secondes noces fussent permises et même encouragées, parce qu'elles tendaient à l'accroissement de la population, cependant on avait jugé à propos d'y attacher certaines peines en faveur des enfans nés des premières, et surtout pour empêcher l'époux survivant de les priver des gains provenans de leur père ou de leur mère, dont il aurait voulu enrichir ceux du mariage subséquent qu'il eût pu leur préférer. S'il n'y avait point d'enfans du premier mariage, ces peines n'étaient point applicables dans le cas d'un second.

Les unes de ces mêmes peines étaient communes au mari et à la femme, les autres n'avaient lieu que contre la femme.

ARTICLE I.

Des peines qui avaient lieu contre le mari comme contre la femme qui convolaient en secondes noces.

§. I. *La première était d'être tenus de conserver à leurs enfans du premier mariage les gains matrimoniaux qui en étaient provenus.*

IX. Une constitution de Gratien, Théodose et Valentinien, infligeait à la femme qui se remariait, ayant des enfans de son pre-

prioris viri, extantibus ex priore conjugio liberis ad secundas nuptias convolat, pœna constituta est; quam postea Theodosius II et Valentinianus II ad virum qui post mortem prioris uxoris convolat, porrexerunt. *l.* 5. *cod. d. t.*

In eo hæc pœna consistit ut quod vir ex dote prioris uxoris, mulierve ex donatione propter nuptias prioris viri lucrati sunt; undecumque hæc dos donatiove propter nuptias profecta, et a quocumque constituta fuerit, sive ab ipso viro vel muliere, sive ab alio pro eis; item quidquid alteruter ex quacumque prioris conjugis liberalitate consecutus fuerit, totum hoc liberis prioris conjugii, vel ei ex illis quem elegerint (quod jus electionis postea Novell. II, cap. 1, et XXII, cap. 25, parenti, ademptum est) servare teneatur; nec possit quidquam ex his rebus in extraneos aut in alterius matrimonii liberos alienare. *sup. d. l.* 3 *et* 5. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.

X. Justinianus autem constituit ut, etiam eo casu quo prius matrimonium divortio solutum esset, conjux qui convolaret, tenetur pariter ea quæ ex causa divortii ex bonis prioris conjugis lucratus esset, liberis prioris conjugii servare. Nec requirendum quæ causa divortio locum dederit. *l.* 9. *cod. d. t.* et Novell. XXII, cap. 30.

Uno verbo, conjux qui ad secunda vota convolat, quolibet casu excidit earum rerum proprietate, quæ ad liberos prioris matrimonii transfertur, usufructu duntaxat ipsi servato (*sup. d. l.* 5. *cod.* 5. 9). Et quidem retro excidisse intelligitur; adeo ut, si quid ante alienaverit, revocetur. Novell. II. cap. 2.

XI. Pro restitutione earum rerum, Leo et Anthemius dederunt liberis prioris conjugii in bonis mulieris quæ ad secundas nuptias convolavit, tacitam hypothecam ex die quo res illæ ad eam pervenerunt. *l.* 6. §. 2. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.

Quod jus et ad virum Justinianus porrexit. *l.* 8. §. 4. *cod. d. tit.* 5.

XII. Ad hæc lucra liberi prioris conjugii admittuntur, etsi non sint heredes conjugis præmortui: (*l.* 5. *cod. d. tit.*) Imo etsi neutrius: Novell. XXII, cap. 26.

Cæterum, ita demum admittuntur, si non fuerint ingrati erga parentes: quod vitium debet *aperte* monstrari. *d. cap.* 26.

XIII. Observandum quid si quis ex filiis prioris matrimonii, ante secundas parentis nuptias mortuus fuerit legitima sobole relicta, jure repræsentationis soboles ejus admittatur in portionem quam habuisset si vixisset. *l.* 8. *cod. d. tit.* 5. de secund. nupt.

Si post contractas secundas parentis nuptias decesserit, trans-

mier mariage, une peine que Théodose II et Valentinien II étendirent au mari qui se remariait dans le même état.

Cette peine consistait en ce que le mari, ainsi que la femme, étaient obligés de conserver à leurs enfans du premier mariage, ou du moins à l'un d'entre eux (dont le choix leur fut ôté dans la suite par la Novelle II, chap. 1, et la Novelle XXII, chap. 25), ce qui lui était revenu par gain matrimonial, de quelque part que fût provenue la dot de la femme, soit qu'elle eût été constituée par la femme ou par tout autre, comme aussi de quelque part que provînt la libéralité faite à la femme en vue de mariage, sans en pouvoir disposer ni en faveur d'étrangers, ni en faveur des enfans d'un autre mariage.

X. Mais Justinien statua que l'époux qui aurait convolé en secondes noces, serait tenu de conserver aux enfans de son premier mariage tous les gains matrimoniaux qu'il en aurait retirés, encore que le mariage eût été dissous par le divorce, et quelle qu'eût été la cause du divorce.

En un mot, l'époux remarié perdait, dans tous les cas, la propriété de ses gains matrimoniaux, laquelle devant passer à ses enfans du premier mariage, il n'en conservait que l'usufruit. Cette loi s'étendait même aux aliénations qu'il aurait pu faire avant le second mariage, aliénations qui étaient annullées par la Novelle II, chap. 2.

XI. Léon et Anthemius assurèrent cette propriété aux enfans, en leur donnant une hypothèque tacite sur les biens de leur mère qui aurait convolé en secondes noces, du jour où les gains matrimoniaux lui avaient été acquis.

Et Justinien étendit ce droit aux gains de leur père.

XII. Ces gains matrimoniaux étaient conservés aux enfans du premier mariage, encore qu'ils ne fussent pas héritiers de celui de leurs père ou mère qui serait décédé le premier, et même quand ils n'auraient hérité ni de l'un ni de l'autre.

Mais ce n'était qu'autant qu'ils ne se seraient pas rendus coupables d'ingratitude. Au reste, cette ingratitude devait être clairement prouvée contre eux.

XIII. Il faut observer que si quelqu'un des enfans du premier mariage était décédé avant le second, et avait laissé des enfans légitimes, ces enfans succédaient, par droit de représentation, à la portion qui lui serait revenue s'il eût vécu.

S'il était mort après les secondes noces, il transmettait encore

mittet ad suos liberos, vel eum quem ex his elegerit, portionem quæ ipsi ex secundis parentis nuptiis quæsita est.

Quod si absque legitima sobole decesserint post secundas parentis nuptias liberi prioris matrimonii, vel omnes, vel aliqui eorum, etiam ad extraneos heredes portionem quisque suam transmittit. Sed ex portione uniuscujusque sine sobole præmortui retinebit parens qui convolavit, id quod in casum orbitatis ex ea portione habiturus fuisset.

Rex exemplo illustranda est. Finge convenisse ut extantibus liberis, vir præmortuæ mulieris dotem, vel uxor præmortui viri donationem propter nuptias totam lucraretur: nullis extantibus liberis dimidiam; deinde præmortuo viro tribus superstitibus liberis, mulierem lucri fecisse donationem quæ triginta erat, et hujus proprietatem convolando ad secunda vota amisisse. Eo casu, si unus postea ex filiis prioris matrimonii præmoriatur, revertetur ad matrem dimidia portionis quam hic filius habet in proprietate donationis propter nuptias patris sui. Quum igitur hæc portio sit decem, redibunt ad matrem quinque ex donatione propter nuptias: reliquum autem hujus portionis, ad cæteros filii præmortui successores, sive fratres ejus sint, sive extranei, perveniet.

Pari ratione, si omnes præmortui fuerint, dimidia totius donationis propter nuptias ad matrem revertetur: altera dimidia ad eorum successores pertinebit, sive ipsa mater sit, sive alii.

Idem de patre dictum puta. Et hæc ita a Justiniano constituta discimus, tum ipsius constitutione (quam ex basilicis restituit Cujacius), (*l.* 11. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.) tum ex Novell. II, cap. 2, et XXII, cap. 26.

XIV. Singulare erat in usufructu quem prior vir mulieri per ultimam voluntatem reliquisset, ut mulier quæ ad secundas nuptias convolaret, ab eo usufructu statim excideret: quod constituerant Valentinianus, Theodosius et Arcadius, *l. un. cod.* 5. 10. Si secundo nupser. mul. Quod jus porrectum fuisse ad virum, discimus ex Justiniano in sua Novella XXII, cap. 32, ubi illud abrogat.

§. II. *Altera pœna : ne secundo conjugi ultra donetur quam uni ex liberis minus capienti.*

XV. Altera pœnæ species adversus viros et fœminas qui liberis, sive primi gradus, sive ulterioris, ex præcedenti matrimonio extantibus, ad secundas nuptias convolant, continetur constitutione Leonis et Anthemii; qua cavetur ut secundo viro, vel secundæ uxori, sive dotis, sive donationis propter nuptias, sive alio quocumque liberalitatis titulo, dare ultra non possint, quam

à ses enfans, ou à l'un d'eux, à son choix, la portion qui lui était acquise par ces secondes noces.

Si tous les enfans du premier mariage, ou quelques-uns d'entre eux, mouraient sans laisser d'enfans légitimes, après le second, ils transmettaient leurs droits à leurs héritiers collatéraux, mais celui de leur père ou mère qui avait convolé, retenait sur leurs portions, ce qu'il en aurait pu retenir dans le cas où il n'aurait pas eu d'enfans.

Ce principe a besoin d'être expliqué par un exemple. Supposons qu'il a été convenu entre les père et mère, qu'ayant des enfans, le mari gagnerait toute la dot de la femme prédécédée, et la femme la donation en faveur de mariage, par le prédécès du mari; que n'ayant point d'enfans, ils gagneraient seulement, l'un, la moitié de la dot; l'autre, la moitié de la donation; et ensuite, que s'il restait trois enfans à la mort du père, la femme gagnerait la donation supposée être de trente *écus d'or;* mais en perdrait la propriété en se remariant. Dans cette supposition, si l'un des enfans du premier mariage est décédé, la moitié de la portion qui lui serait revenue dans la propriété de la donation en faveur du mariage, retour à sa mère. Cette portion étant de dix, il doit donc lui en revenir cinq, et les cinq restant appartiendront aux héritiers du fils décédé, soit qu'ils se présentent comme frères ou comme étrangers.

Par la même raison, s'ils sont tous prédécédés, la moitié de toute la donation reviendra à leur mère, et l'autre moitié à leurs héritiers, bien que ce soit leur mère ou d'autres personnes.

Ce qui a été dit, par rapport à la mère, s'applique également au père. Nous apprenons que tout cela avait été ainsi réglé par Justinien, tant par sa constitution, que Cujas a rétablie d'après les Basiliques, que par les Novelles II et XXII.

XIV. L'usufruit que le premier mari laissait à sa femme par testament, avait cela de particulier, qu'elle le perdait de fait en se remariant, selon la constitution de Valentinien, de Théodose et d'Arcade, droit qui fut étendu au mari, comme nous l'apprend Justinien dans sa Novelle XXII, chap. 32, où il l'abroge.

§. II. *Autre peine des secondes noces. L'époux convolant ne pouvait donner que la portion de celui de ses enfans qui aurait la plus petite part dans sa succession.*

XV. La seconde espèce de peine infligée aux maris et aux femmes qui convolaient en secondes noces, ayant des enfans ou des petits-enfans du premier mariage, est contenue dans la constitution de Léon et d'Anthémius, qui défend aux uns et aux autres de se donner, en convolant en secondes noces, à titre de dot, de donation en faveur de mariage, ou de libéralité quelconque, plus que ne

quod consequi ex ipsorum facultatibus potuerit ille ex ipsorum liberis cui minus reliquerunt; ita tamen ut legitima singulis liberis debita nullo modo minuatur. Si quid ultra dederint, habeatur pro non scripto, et a liberis prioris matrimonii vindicetur. *l.* 6. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.

Ex constitutione autem Justiniani, hoc quod ultra dedissent, inter omnes cujuscumque matrimonii liberos dividitur. l. 9. *cod. d. tit.*

At rursus, ex Novella XXII, cap. 27, hoc solis liberis prioris matrimonii conceditur, exclusis ex eorum numero, si qui erga parentes ingrati extiterint.

An autem plus dederit conjux, tempore mortis donatoris inspicietur. *d.* Novell. cap. 28.

Sed quia dos donatiove propter nuptias, quemadmodum augeri constante matrimonio, ita etiam minui poterat. Eadem Novella, cap. 31, statuit ut id quod semel, plus quam per legem Leonis licet, secundo conjugi datum est, non possit amplius constante matrimonio minui, ne lucrum illud eripiatur prioris matrimonii liberis.

ARTICULUS II.

De pœnis quæ propriæ sunt mulieri ad secundas nuptias convolanti.

XVI. Vidimus commune esse viro et mulieri ad secundas nuptias convolantibus, ut lucra prioris matrimonii liberis servare teneantur. At vero, ex supra dicta Leonis et Anthemii constitutione (*l.* 6. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.), mulieri hoc proprium est eo casu quo lucrum illud in rebus mobilibus consistit, ut, si res illæ a priore viro sibi donatæ aut relictæ nondum traditæ sunt, non possit eas exigere: nisi fidejussorem det de his restituendis, aut pretio earum, liberis suis.

Sed et si ipsi jam traditæ sunt, et fidejussorem non dederit; si liberi et fidejussorem offerant de solvendo ei pro usufructu earum tertiam centesimæ (1) usuræ; debebit eas res liberis suis restituere. *d. l.* 6. §. 1. *cod.* de secund. nup.

Ex Novella XXII, cap. 45, mulier, etiamsi cautionem offerat, non poterit res nondum sibi traditas exigere; sed contenta esse debebit ut liberi caveant ipsi de præstandis trientibus usuris: nisi forte res illæ præsto essent apud liberos ejus, et facilis earum traditio; tunc enim datur electio matri, si velit res ipsas (aurum puta et argentum, aut vestes, aut aliud simile sibi donatum) accipere cum cautione, aut prædictas recipere usuras.

---

(1) *Quatre pour cent : le denier* 25.

doit retirer de leur succession celui de leurs enfans à qui ils laisseront le moins ; de manière cependant que la légitime due à chacun d'eux n'en puisse souffrir, laquelle constitution autorise les enfans du premier mariage à revendiquer ce qu'ils auraient donné de plus, comme s'il n'eût point été donné.

Par une constitution de Justinien, ce qu'ils s'étaient donné de plus devait être partagé entre tous leurs enfans, de quelque mariage qu'ils fussent nés.

Mais ensuite, par la Novelle XXII, il restraignit ce partage à ceux du premier mariage, excepté ceux d'entre eux qui se seraient rendus coupable d'ingratitude envers leurs parens.

On se reportait à la mort du donateur pour estimer ce qu'il avait donné de trop.

Mais parce que la dot et la donation en faveur du mariage pouvaient croître, comme elles pouvaient décroître durant le mariage, la même Novelle porte, que ce qui aura été une fois donné au second époux, de plus que ne permet la loi de Léon, ne sera pas susceptible de diminution durant le mariage, afin que le bénéfice ne puisse pas en être ôté aux enfans du premier mariage.

ARTICULUS II.

Des peines infligées à la femme seule qui convole en secondes noces.

XVI. Nous avons vu que c'était une peine commune au mari et à la femme, qui convolaient en secondes noces, de laisser à leurs enfans les gains matrimoniaux de leur premier mariage. Mais, d'après la constitution ci-dessus citée, de Léon et d'Anthémius, la femme particulièrement ne pouvait exiger les choses qui lui avaient été données ou laissées par testament, lorsqu'elles ne lui avaient pas été livrées, et consistaient en meubles, à moins qu'elle ne fournît caution à ses enfans de les leur rendre, ou de leur en payer le prix.

Et même lorsque les choses données lui avaient été livrées sans caution, ses enfans pouvaient se les faire restituer en lui donnant un garant pour les intérêts à quatre pour cent (1), en représentation de son usufruit.

D'après la Novelle XXII, chap. 45, la femme ne pouvant pas exiger les choses non encore livrées, encore qu'elle en donnât caution, ses enfans n'étaient tenus que de lui donner un répondant pour les intérêts à quatre pour cent, à moins que ces choses ne fussent en leur pouvoir, et qu'ils ne pussent aisément les lui livrer ; auquel cas elle avait le choix de les prendre en nature (par exemple, si c'était de l'argenterie, des habits à son usage et d'autres effets semblables), toutefois sous caution, ou d'en recevoir l'intérêt ci-dessus.

(1) Quatre pour cent : le denier 25.

XVII. Ex constitutione Gratiani, Valentiniani et Theodosii, mulier quæ ad secundas nuptias convolavit, quemadmodum lucra prioris matrimonii, ita et quod ex hereditate testamentaria, aut legitima alicujus ex liberis prioris matrimonii post secundas nuptias mortui perceperit, liberis prioris matrimonii servare tenetur, usufructu duntaxat ipsi relicto. *l.* 3. §. 1. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.

Theodosius II et Valentinianus II hoc obtinere voluerunt quoad illa quæ ex bonis patris habuisset filius, cui successit mater quæ ad secunda vota convolavit. In cætera autem filii bona pleno jure eam succedere statuunt. *l.* 5. *cod.* 6. 55. Ad senatusconsultum Tertyll.

Tandem, Novella II, cap. 3, hæc pœna abrogata est, constitutumque ut mater, quamvis ad secunda vota convolaverit, pleno jure succedat filiis prioris conjugii, præterquam in lucris nuptialibus quæ ab ipsa ad eos liberos transierunt, et quorum proprietate convolando excidit.

Novella XXII, cap. 46, hoc adhuc immutatum. Constituit enim Justinianus ut mater binuba, filiis prioris matrimonii ex testamento quidem succedat pleno jure; ab intestato autem in his quidem quæ filius aliunde quam ex substantia paterna haberet, etiam pleno jure cum fratribus et sororibus defuncti succedat; in his autem quæ ex substantia paterna filius habebat, succedat duntaxat quoad usumfructum.

XVIII. Est etiam hæc pœna propria mulieri (1) quæ secundo nupsit, ut quod liberis prioris matrimonii donavit, non possit revocare ob causam ingratitudinis, nisi sit atrocissima : scilicet si vitæ ipsius insidiati fuerint, aut impias manus intulerint, aut omnem substantiam ejus evertere moliti sint. Novell. XXII, cap. 35.

CAPUT TERTIUM.

De pœnis mulieris quæ intra annum luctus nubit, aut adversus jusjurandum quod præstiterat.

XIX. Vir confestim ex quo prius matrimonium solutum est, licite aliam ducit uxorem. Mulieri autem (ut jam supra vidimus *lib.* 3. *tit.* 2. de his qui not. infam.) præstitutus est annus luctus prioris viri : intra quod tempus si secundas nuptias contrahat, infamia notatur.

---

(1) Recte Cujacius observat hanc pœnam (ut et superiores) ad virum non porrigendas. Scilicet Romanorum moribus, major patri quam matri exhibebatur reverentia.

XVII. Par la constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, la femme qui avait convolé en secondes noces, n'obtenait que l'usufruit de ce que lui avait laissé par testament un des enfans de son premier mariage, ou de ce qui lui en était advenu en sa qualité d'héritière légitime, et était obligé de leur en laisser la propriété comme de ses gains matrimoniaux.

Théodose II et Valentinien II voulurent qu'il en fût ainsi, par rapport aux biens du père que possédait le fils, dont avait hérité la mère qui avait contracté un second mariage; mais qu'elle héritât de plein droit des autres biens de ce fils.

Enfin, cette peine ayant été abrogée par la Novelle II, chap. 3; il fut statué que la mère qui avait convolé en secondes noces, hériterait de plein droit de tous les biens des enfans de son premier mariage, sauf les gains matrimoniaux dont elle avait perdu la propriété en se remariant.

Par la Novelle XXII, ce droit fut encore changé; car Justinien voulut que la mère remariée pût hériter de plein droit par testament, des enfans de son premier mariage; et qu'elle pût *ab intestat*, partager aussi de plein droit avec leurs frères et sœurs les biens qui ne provenaient pas de leur père; mais qu'elle ne pût avoir que l'usufruit de ceux qui en proviennent.

XVIII. Il y avait encore une autre peine particulière à la femme qui s'était remariée (1), c'était de ne pouvoir révoquer, pour cause d'ingratitude, les donations qu'elle avait faites aux enfans de son premier mariage, à moins que leur ingratitude n'eût été extrêmement criminelle; comme, par exemple, s'ils avaient porté la main sur elle, s'ils avaient attenté à sa vie, ou s'ils avaient combiné et déterminé sa ruine entière.

CHAPITRE III.

Des peines infligées à la femme qui s'était remariée avant l'expiration de l'année du deuil, ou malgré le serment qu'elle avait prêté de ne pas se remarier.

XIX. Un homme peut épouser une autre femme aussitôt que son mariage est dissous; mais (comme nous l'avons déjà observé, *liv.* 3, *au titre qui traite de ceux qui sont notés d'infamie*, il a été fixé une année à la femme pour le deuil de son mari, et statué qu'elle ne pourrait se remarier pendant cette année sans encourir la note d'infamie.

(1) Cujas observe avec raison que cette peine et les précédentes n'étaient pas applicables au mari, parce qu'il était dans les mœurs des Romains de porter plus de respect au père qu'à la mère.

Præter hanc infamiæ pœnam, aliis adhuc subjacet pœnis ex constitutione Gratiani, Valentiniani et Theodosii. *l.* 1. *cod.* 5. 9. de secund. nupt.

Scilicet : 1°. ut a lucris prioris matrimonii prorsus excidat; quæ lucra cedent liberis ejus, si quos habet, aut etiam ascendentibus, aut collateralibus usque ad secundum gradum præmortui conjugis; sin, a fisco vindicabuntur;

2°. Ut secundo marito ultra tertiam partem suorum bonorum donare non possit;

3°. Ut ab extraneis nihil possit consequi mortis causa; id tamen quod ei relictum fuerit, non cedat fisco, sed pro non scripto habeatur;

4°. Ut nec etiam ab intestato propriis cognatis ultra tertium gradum succedat.

Eadem repetuntur Novella XXII, cap. 22, ex qua præterea statuitur mulierem, si liberos non habet, posse a principe impetrare remissionem infamiæ. At si sobolem ex priore matrimonio habeat, non aliter poterit infamiæ et harum pœnarum remissionem a principe deprecari, nisi huic soboli dimidiam facultatum suarum quas habuit quum convolavit, donet pure et pleno jure : quæ res ad matrem non redibunt nisi liberi omnes præmortui fuerint, et de his inter vivos aut testamento non disposuerint.

Idem prius statutum fuerat. *l.* 4. *cod.* 6. 55. ad senatusconsultum Tertyll.

XX. Prædicta Novella XXII, cap. 40, eisdem pœnis et infamiæ subjecit mulierem quæ etiam post annum luctus, adversus jusjurandum quod de iterum non nubendo præstiterat, ad secundas nuptias convolavit : quarum remissionem pariter impetrare poterit, donando liberis dimidiam partem bonorum suorum.

Verum hoc jusjurandum quod mater ad capescendam liberorum suorum tutelam interponebat, penitus abrogavit Novella XCIV, cap. 2, quia totidem perjuriis faciebat locum.

Scholium. Præter has pœnas novissimo jure codicis et Novellarum introductas, quibus subjacet mulier ad secunda vota transvolans, sunt aliæ pœnæ quæ vel etiam jure Digestorum obtinebant, vel de quibus alibi latius.

V. G. 1°. Ut mulier dignitate et titulis prioris viri spolietur : (supra, *lib.* 1, *tit.* 9. de senatorib. *n.* 6). Quod confirmatum Novella XXII, cap. 36.

2°. Ut tutelam liberorum suorum amittat : de qua re infra, *lib.* 26. *tit.* 4. de legit. tutorib. *n.* 12.

3°. Imo ut ipsi educatio liberorum prioris matrimonii denegetur: infra, *lib.* 27. *tit.* 2. ubi pupill. educ. *n.* 2.

Outre cette note d'infamie, elle était encore soumise à d'autres peines, par la constitution de Gratien, de Valentinien et de Théodose.

1°. Elle était privée de tous les gains nuptiaux de son premier mariage, qui passaient à ses enfans, si elle en avait, et même aux ascendans ou aux héritiers collatéraux de son premier mari jusqu'au second degré, et ensuite au fisc.

2°. Elle ne pouvait donner à son second mari que le tiers de ses biens.

3°. Les étrangers ne pouvaient lui rien donner à cause de mort. Cependant les donations qui lui auraient été faites ne passaient pas au fisc; mais étaient réputées non avenues.

4°. Elle ne pouvait non plus hériter *ab intestat* de ses propres cognats, que jusqu'au troisième degré inclusivement.

C'est ce que répète la Novelle XXII, en lui accordant le privilége d'obtenir du prince la rémission de son infamie, si elle n'a pas d'enfans de son premier mariage; mais en ajoutant que, si elle en a, elle ne pourra obtenir du prince la rémission de cette infamie, ni des autres peines ci-dessus, qu'en leur donnant en toute propriété la moitié des biens qu'elle possédait en se remariant, lesquels biens ne pourront lui revenir qu'autant que ces mêmes enfans seraient morts avant elle, sans en avoir disposé entre-vifs ou par testament.

La même chose avait été statuée antérieurement.

XX. La Novelle XXII, ci-dessus citée, soumet aux mêmes peines et à la même infamie, la femme qui convolera en secondes noces, malgré son serment de ne point se remarier, et ne lui permet non plus d'en obtenir la rémission qu'en donnant la moitié de ses biens à ses enfans.

Mais la Novelle XCIV, abrogea ce serment que la mère prêtait pour obtenir la tutelle de ses enfans, parce qu'il était ordinairement suivi d'un parjure.

Scholie. Outre ces peines établies par le nouveau droit du code et des novelles, contre la femme qui convolait en secondes noces, il y en avait encore d'autres dans le droit du Digeste, ou dont il est parlé plus longuement ailleurs.

Par exemple, 1°. elle était déchue de la dignité et des titres de son premier mari, comme on l'a vu, *liv.* 1, *au titre qui traite des sénateurs*, *n.* 6, et comme le confirme la Novelle XXII.

2°. Elle était exclue de la tutelle de ses enfans, comme on le verra, *liv.* 26, *au titre qui traite de la tutelle légitime.*

3°. On lui refusait même l'éducation des enfans de son premier mariage, comme on le verra *liv.* 27, *du titre qui traite du lieu où le pupille doit être élevé*, *n.* 2.

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

De tutelis.

Ab actionibus quæ ex variis contractibus descendunt, proclivis est transitus ad illas quæ ex quasi-contractibus nascuntur. Est autem quasi-contractus species, tutelæ vel curæ administratio : ut vid. in instit. *lib.* 3. *tit.* 28. de oblig. quæ ex quasi-contract. Quapropter ea quæ ad tutelas curationesque pertinent, in hoc libro et sequenti exponuntur. Exordioque sumpto a *tutelis*, generalia quædam circa hac materiam in hocce primo titulo præmittuntur.

I. *Tutela* est, ut Servius definit, vis (1) ac potestas in capite libero (2) ad tuendum (3) eum qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data (4) ac permissa ». *l.* 1. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent : exque re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores, atque defensores; sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur ». *d. l.* 1. §. 1.

Tutela est munus publicum, quatenus publica auctoritate datur, nec nisi in eos cadit quos lex voluit hujus muneris esse participes. Cæterum, « tutela non est reipublicæ munus (5), nec quod

---

(1) Hæc *vis ac potestas* in eo potissimum consistit, ut tutor accedente actoritate sua actibus pupilli, qui alioquin essent inefficaces, efficaciam tribuat.

(2) Id est, capiti libero in caput liberum. *Caput liberum* cui tutella competit, accipe dominica potestate solutum ; servus enim nec tutelæ, nec alterius cujuslibet muneris civilis capax est. *Caput liberum* in quod tutela competit, accipe hominem sui juris, qui non dominica solum sed et patria potestate liber ac solutus sit : soli enim patresfamilias possunt esse in tutela.

(3) Longe igitur differt potestas tutoris a patria potestate. Patria potestas, tota est in gratiam patris cui competit ; ut pater in filium velut quoddam jus domini habeat, et per eum quasi per servum acquirat. Contra, potestas tutoris, pupilli duntaxat gratia recepta est, in hoc ordinata, ut tutor pupillum tueatur.

(4) *Jure civili* (id est lege XII Tab.) *datur* legitima tutela ; *permittitur* testamentaria. Quod ad dativam attinet, ex aliis legibus descendit.

(5) Nec enim spectat principaliter utilitatem reipublicæ ; sed indirecte,

LIVRE VINGT-SIXIÈME.

TITRE I.

Des tutelles.

APRÈS avoir traité des actions qui naissent des différens contrats, il était naturel de passer à celles qui dérivent des quasi-contrats. Or, l'administration d'une tutelle et d'une curatelle sont des espèces de quasi-contrats, comme on l'a vu dans les Institutes, au titre *des obligations qui naissent des quasi-contrats.* C'est pourquoi nous allons traiter, dans ce livre et le suivant, de ce qui concerne les tutelles et les curatelles. En commençant par les tutelles, nous exposerons dans ce premier titre les principes généraux de cette matière.

I. « La tutelle est, comme le dit Servius, la puissance et l'autorité (1) données ou permises par le droit civil à un homme libre (2), pour défendre celui qui, à raison de son âge (3), ne peut pas se défendre lui-même (4) ».

« Les tuteurs sont ceux qui exercent cette puissance et cette autorité. Ils tirent leurs noms de leurs fonctions. On les appelle *tutores*, ce qui veut dire *tuitores* ou défenseurs, comme on appelle *æditui* ceux qui *ædes tuentur*, c'est-à-dire, qui ont la surveillance des édifices ».

La tutelle est une charge publique, en tant qu'elle est donnée par l'autorité publique, et n'est donnée qu'aux personnes que la loi en a déclarées capables : mais « la tutelle n'est point un emploi de la république (5); elle n'impose non plus aucune

(1) Cette autorité et cette puissance consistent principalement en ce que le tuteur autorisant les actes de son pupille, leur donne l'efficacité qu'ils n'auraient pas sans cela.

(2) C'est-à-dire, à un homme libre sur un homme libre. Par l'homme libre à qui on donne la gestion d'une tutelle, on entend celui qui n'est point sous la puissance d'un maître, puisqu'un esclave est incapable d'une tutelle et de tout autre emploi civil. Par l'homme libre dont on donne la tutelle, on entend l'homme qui est hors de toute dépendance, c'est-à-dire, qui n'est ni sous la puissance d'un maître, ni sous la puissance paternelle ; car il n'y a que les pères de famille qui puissent être en tutelle.

(3) La puissance du tuteur diffère donc beaucoup de la puissance paternelle. La puissance paternelle est toute en faveur du père à qui elle est donnée ; il est comme le maître de son fils, et acquiert par lui comme par un esclave. Un tuteur, au contraire, n'a de puissance que pour son pupille et pour le défendre.

(4) Par le droit civil (suivant la loi des douze Tables), qui donne la tutelle légitime, et permet la tutelle testamentaire. Quant à la tutelle dative, ce sont d'autres lois qui la défèrent.

(5) Parce qu'elle ne concerne pas principalement l'utilité ou l'intérêt pu-

ad impensam (1) pertinet; sed civile (2): nec provinciale (3) videtur tutelam administrare ». *l.* 16. §. 15. *ff.* 27. 1. *de excusat.* Modest. *lib.* 2. excus.

Tutela erat alia pupillorum, alia fœminarum puberum.

In Pandectis de tutela pupillorum duntaxat agitur. Quæ ad fœminarum tutelam spectant, exponemus in appendice ad calcem libri sequentis.

Rursus pupillorum tutelæ triplex species: Testamentaria, legitima et dativa; (infra suo quæque titulo), Hic igitur de tutela in genere, quærendumque, qui in tutela esse, qui tutores esse possint, et quando tutela finiatur.

§. I. *Qui in tutela esse possint?*

II. In tutela sunt pupilli. « Pupillus est qui, quum impubes est, desinit in patris potestate esse, aut morte, aut emancipatione ». *l.* 239. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Pompon. *lib. singul. Enchiridii.*

Nec solum civibus Romanis tutores dantur: Nam « lex Junia tutorem fieri jubet Latino vel Latinis impuberibus, eum qui etiam ante manumissionem ex jure quiritium fuit (4) ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 19.

III. Etiam « muto itemque mutæ impuberibusque tutorem dari posse verum est ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

De qua re tamen poterat videri dubium. « Sed enim an auctoritas eis accommodari possit, dubitatur (5)? Et, si potest tacenti,

---

quatenus publica omnium interest orbos ac pupillos defendi: unde *ad curam publicam pertinere* dicitur in *l.* 2. §. 2. *v. divus. ff.* 26. 6. *qui pet. tut.*

(1) Quædam reipublicæ munera sumptum irrogant. Tutelæ munus nullum suptum tutori irrogat; nam quidquid impendit, contrario *tutelæ* judicio repetit.

(2) Civilis aut *publici* numeris appellatio magis patet, quam muneris *reipublicæ*. *Publicum* enim dicitur, quodcumque munus publica auctoritate defertur; etamsi spectet utilitatem privatorum. *Civilia* autem munera, latiori adhuc sensu dicuntur, quæcumque non nisi in cives cadunt; etiam illa quæ sponte pro aliis obeuntur: ut postulatio, munus procuratoris *ad lites*, intercessio, etc.

(3) *Provinciale* munus, idem est ac munus *reipublicæ*.

(4) Supple *dominus*: vel pro *qui etiam*, legendum *cujus etiam*. Ulpianus loquitur de illo qui fuit dominus ex jure quiritium. Sed nonne pariter tutor erit latini impuberis quem duntaxat in bonis habebat, qui eum manumisit?

(5) Manus autem tutelæ in hoc potissimum consistit, ut tutor pupillo auctoritatem accommodet.

dépense (1). C'est un emploi civil (2). L'administration d'une tutelle n'est point censée une administration provinciale (3) ».

Il y avait deux espèces de tutelles, l'une des pupilles, l'autre des femmes pubères.

Il ne s'agit que de la tutelle des pupilles dans les Pandectes. Nous dirons ce qui concerne la tutelle des femmes, dans un appendice qui termine le livre suivant.

La tutelle des pupilles se divise en trois espèces, qui sont la tutelle testamentaire, la tutelle légitime, et la tutelle dative, dont nous traiterons sous leurs titres séparés. Il s'agit donc ici de la tutelle en général, sur laquelle nous examinerons quels sont ceux qui peuvent être en tutelle, quels sont ceux qui peuvent être tuteurs, et quand finit la pupille.

§. I. *De ceux qui peuvent être en tutelle.*

II. Les pupilles sont en tutelle. « Un pupille est celui qui, étant impubère, a cessé d'être sous la puissance de son père par la mort ou l'émancipation ».

Ce n'est pas seulement aux citoyens romains qu'on donne des tuteurs ; car « la loi *Junia* veut que l'on donne pour tuteur à un Latin ou à des Latins impubères, celui qui était leur maître avant leur affranchissement (4) ».

III. « On peut aussi donner un tuteur à un muet et impubères ».

Il y avait cependant lieu de douter à cet égard ; « car on doute qu'un tuteur puisse leur prêter son autorité (5) : mais si un tuteur

---

blic, mais seulement indirectement, et en tant que tout le monde a intérêt à ce que les pupilles et les orphelins soient défendus. C'est pourquoi on dit qu'il est dans l'intérêt public d'y veiller.

(1) Il y a des emplois de la république qui nécessitent des dépenses : celui de la tutelle n'en impose aucune au tuteur, puisqu'il a l'action contraire de la tutelle pour se faire rembourser celle qu'il aurait faite.

(2) La dénomination d'emploi civil ou public a plus d'étendue que celle d'emploi de la république ; car on appelle public tout emploi déféré par l'autorité publique, encore que cet emploi ne soit que d'une utilité particulière ; et on appelle *emplois civils*, dans un sens encore plus étendu, tous ceux qui ne peuvent être remplis que par des citoyens, même ceux qu'on exerce volontairement pour les autres, tels que la postulation, la procuration à l'effet de provoquer ou de défendre à une contestation litigieuse, l'intervention, etc.

(3) L'administration provinciale est une administration de la république.

(4) Ajoutez *dominus* ; ou à la place de *qui etiam*, lisez *cujus etiam*. Ulpien parle de celui qui fut maître par le droit de citoyen romain. Mais pourquoi celui qui avait seulement un Latin impubère dans ses biens, et l'avait affranchi, n'en eût-il pas également été le tuteur ?

(5) L'emploi du tuteur consiste principalement à donner de l'autorité aux actes de son pupille.

et muto potest. Est autem verius (ut Julianus, libro 21 Digestorum scripsit) etiam tacentibus auctoritatem pose accommodari ». *d. l.* 6. *v. sed an.*

Item « surdo impuberi poterit tutor dari ». *d. l.* 6. §. 3.

Idem Ulpianus alibi ait : « Furioso et furiosæ, et muto et surdo, tutor vel curator (1) a prætore vel præside dari poterit ». *l.* 8. §. 3. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat. lib.* 8. *de omnib. trib.*

IV. « Ei qui de statu suo litigat, tutorem dari posse Pomponius scribit ; et verum est ut ita demum teneat datio, si liber est». *l.* 17. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Ulp. *lib.* 9. *ad ed.*

Ei autem, cujus status in suspenso est propter spem postliminii patris in cujus erat potestate, non datur tutor.

Hinc Ulpianus : « Ei, cujus pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est. Sed si datus sit, an in pendenti sit datio quæri potest? Et non puto dationem valere. Sic enim post patris regressum recidit in potestatem, atque si nunquam pater ab hostibus captus fuisset. Imo curator substantiæ (2) dari debet, ne in mediot pereat ». *sup. d. l.* 6. §. 4.

« Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest ; curator potest. Nam de curatore constituendo, edicto comprehensum est ». *l.* 20. *ff.* 26. 5. *de tut. et curat. dat.* Modest. *lib.* 7. differ.

Enimvero tutor pupillo datur. Verum « non est pupillus, qui in utero est ». *l.* 161. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Ulp. *lib.* 7. *ad Sab.*

§. II. *Qui possint esse tutores ?*

V. Latinus tutor dari non potest : ut videb. tit. seq. art. 2.

A Fortiori, « in servili conditione constitutum tutorem, vel curatorem a præside dari non posse, nullam habet juris dubitationem ». *l.* 7. *cod.* 5. 34. *qui dare tutor.* Diocl. et Maxim.

Item quum tutela publicum sit munus, « fœminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est ; nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent ». *l.* 18. Neratius, *lib.* 3. regul.

Hinc, « jure nostro, tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur : nec, si provinciæ præses, im-

(1) Scilicet illis tutor datur si sint impuberes, curator si sint puberes.

(2) Interiin curator bonis captivi datur ; sed non idcirco tutor ejus filio.

peut intervenir pour celui qui se tait, il peut aussi intervenir pour un muet. Or, il est vrai de dire avec Julien, qu'on peut assister de l'autorité d'un tuteur ceux qui se taisent ».

« On peut aussi donner un tuteur à un sourd impubère ».

Le même Ulpien dit ailleurs : « Le préteur ou le président pourra donner un tuteur ou un curateur à un fou, à une folle, à un muet et à un sourd (1) ».

IV. « Pomponius dit qu'on peut donner un tuteur à celui dont l'état est contesté, et cela est vrai; mais il ne le conservera qu'autant qu'il aura été déclaré homme libre ».

Mais on n'en donne pas à celui dont l'état est en suspens, parce qu'on espère que son père, sous la puissance duquel il était, sortira de captivité.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Il est certain qu'on ne peut pas donner un tuteur à celui dont le père est au pouvoir des ennemis; mais on examine si la nomination de celui qui lui avait été donné ne reste pas en suspens pendant l'absence de son père : et je pense qu'elle est nulle; car si son père revient, il reste sous sa puissance comme s'il n'eût point été au pouvoir des ennemis. Mais on peut donner un curateur à ses biens, afin qu'il ne se détériorent pas dans l'intervalle (2) ».

« Les magistrats romains ne peuvent pas donner un tuteur à l'enfant qui n'est pas né; mais ils peuvent lui donner un curateur, l'édit comprenant dans ses dispositions la faculté de le lui donner ».

En effet, on donne un tuteur à un pupille; « mais l'enfant qui n'est pas né n'est pas un pupille ».

§. II. *Quels sont ceux qui peuvent être tuteurs ?*

V. Un Latin ne peut pas être donné pour tuteur. Voy. le titre suivant, art. 2.

A plus forte raison, « il est certain en droit que le président ne peut pas donner pour tuteur ou curateur celui qui est en servitude ».

Et la tutelle étant un emploi public, « les femmes ne sont pas aptes à gérer une tutelle, parce que cet emploi ne peut être rempli que par des hommes. Elles peuvent seulement obtenir du prince le privilége de gérer celle de leurs propres enfans ».

C'est pourquoi, « dans notre droit, un père donne en vain, par son testament à sa femme la tutelle de leurs enfans communs;

(1) On leur donne un tuteur s'ils sont impubères, et un curateur dans le cas de puberté.

(2) On donne un curateur aux biens du captif; mais on ne donne pas pour cela un tuteur à son fils.

peritia lapsus, patris voluntatem sequendam decreverit, successor ejus sententiam quam leges nostræ non admittunt, recte sequetur ». *l.* 26. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Pap. *lib.* 4. resp.

Igitur, jure Pandectarum, « tutela plerumque (1) virile munus est ». *l.* 16. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. prov.*

Jure autem Novellarum, mater et avia habent tutelam liberorum suorum citra veniam principis. Novell. CXVIII, cap. 5.

VI. Præter illos qui ex conditione suæ personæ sunt tutelæ incapaces, alii ex causa morbi a gerenda tutela prohibentur. V. G. « complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutoris, alii tutores dentur (2) ». *l.* 17. Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Multo magis hæ personæ non possunt dari tutores. Et quidem « mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest ». *l.* 1. §. 2. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Pariter « surdum non posse dari tutorem, plerique (et Pompsnius libro 69 ad edictum) probant; quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet ». *l.* 1. §. 3.

« Minus autem audiens potest ». *l.* 11. *ff.* 26. 4. *de leg. tut.* Paul. *lib.* 16. *ad Plaut.*

VII. Item « militiæ armatæ muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testamento datus fuerit, nec alio modo (etsi voluerit), tutor vel curator fieri potest. Sed si, errore ductus, res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur ». *l.* 4. *cod.* 5. 34. *qui dare tutor. Philippus.*

Justinianus etiam constituit ut omni discrimine inter dativos et legitimos tutores insuper habito (3), nullus posset esse tutor aut curator, antequam vigesimum quintum annum compleverit. *l.* 5. *cod.* 5. 30. de legit. tutel.

VIII. Ex Novella LXXXII, cap. 1, qui pupilli creditor est, aut jus pignoris in ipsius rebus habet, nec non qui pupilli debitor est, ab ejus tutela (etsi ad tutelam lege vocaretur) prohibetur.

Quod si hoc dissimulans tutelam capessat, hanc pœnam patitur ut, si creditor esset, credito cadat; si debitor, non possit ullam

(1) Dicit *plerumque;* quia aliquando filiorum suorum tutelam a principe impetrant fœminæ, ut modo dictum est.

(2) His personis ipso jure quidem defertur aut ex testamento aut ex lege tutela, quum non jure et ex personæ conditione incapaces sint. Verum quum ex facto; ex causa scilicet morbi, tutelam genere non possint, in eorum locum alii tutores dandi sunt.

(3) Antea, magistratus quidem non dabat tutores nisi majores viginti quinque annis: sed legitimi tutores erant etiam minores viginti quinque annis: quamvis non gererent in id usque tempus; et interim curator dabatur qui res pupilli administraret, ut videre est in *l.* 19. §. 1. *ff.* 27. 1. *de excusat.*

et quand le président de la province aurait décidé par ignorance, que cette dernière volonté devrait être respectée, son successeur réformerait cette décision comme contraire aux lois ».

Par le droit des Pandectes, « la tutelle est donc en général un emploi viril (1) ».

Mais par celui des Novelles, une mère et une aïeule peuvent gérer la tutelle de leurs enfans sans permission du prince.

VI. Outre ceux que leur condition rend incapables de la tutelle, il y en a d'autres qui en sont exclus à raison de leurs infirmités. Par exemple, « plusieurs sénatus-consultes ordonnent de remplacer un tuteur tombé en démence, devenu sourd ou muet (2) ».

Ces personnes ne peuvent donc pas non plus être données pour tuteurs. « On ne peut pas donner un muet pour tuteur, parce qu'il est incapable de communiquer son autorité ».

« La plupart des jurisconsultes pensent, et Pomponius est de cet avis, qu'on ne peut pas donner un sourd pour tuteur, parce qu'un tuteur doit, non-seulement parler, mais encore entendre ».

« Mais celui qui n'entend pas très-bien peut encore être tuteur ».

VII. « Celui qui exerce un emploi militaire, ne peut pas, quand même il y consentirait, être chargé d'une tutelle, soit légitime, soit testamentaire, ou autre, non plus que d'une curatelle; mais si par erreur il a administré les biens, ou aura contre lui l'action de la gestion des affaires ».

Justinien voulut aussi que, sans avoir aucun égard à la différence entre les tuteurs (3) donnés ou légitimes, on ne pût être tuteur ni curateur avant d'avoir vingt-cinq ans accomplis ».

VIII. Par la Novelle LXXII, celui qui est créancier du pupille, ou qui a un droit de gage sur ses biens, ou enfin qui est son débiteur, ne peut pas être son tuteur, quand même sa tutelle lui serait déférée par la loi.

S'il a accepté la tutelle en dissimulant ces empêchemens, il en sera puni par la perte de sa créance s'il est créancier; et s'il est

(1) Il dit *en général*, parce que les femmes obtenaient quelquefois du prince la tutelle de leurs enfans, comme on vient de le dire.

(2) Le droit défère la tutelle à ces personnes, ou elle leur a été déférée par le testament ou par la loi, nonobstant l'événement de leur incapacité; mais comme par cet accident ils ne peuvent pas la gérer, il faut en donner d'autres à leur place.

(3) Auparavant le magistrat ne pouvait donner que des tuteurs âgés de vingt-cinq ans; mais les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient être tuteurs légitimes, encore qu'ils ne pussent gérer qu'à cet âge, et qu'on fît gérer par d'autres pendant l'intervalle, comme on le voit *l.* 19. §. 1. *ff. sur les excuses à proposer.*

solutionem tempore administrationis suæ factam objicere. *d. Novell.* cap. 3.

Qua ratione creditor pupilli ab ejus tutela removetur; eadem ratione tutor prohibetur, constante tutela aut etiam ea deposita, aliquam ullarum actionum cessionem adversus pupillum suum, sive ex causa emptionis, sive ex causa donationis in se suscipere : sin, tutorem actione cessa cadere, eamque rem fieri lucro pupilli. *d. Novell. cap.* 5.

Sane potest tutor, constante tutela, ex causa heredis ipsi delatæ, creditor aut debitor pupilli sui fieri. Verum Justinianus præcipit hoc casu curatorem ei adjungi. *d. Novell. cap.* 2.

Hæc omnia et circa curatores adolescentium et aliarum personarum obtinent. Mater tamen ab ea regula quæ creditores debitoresve a tutela summovet, excipitur Novell. XCIV.

§. III. *Quando finiatur tutela ?*

IX. « Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare potest; Proculeiani autem, eum qui quatuordecim annos explevit (1). Verum Priscus (2) eum puberem esse in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum (3) ». Ulp. *fragm. tit.* 11 §. 28.

Justinianus Proculeianorum sententiam amplexus, « indecoram (inquit) observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubemus, quemadmodum fœminæ post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur : indagatione corporis inhonesta cessante (4) ». *l. fin. cod.* 5. 60. *quando tut. vel curat. esse desin.*

---

(1) Hoc hauserant Proculeïani ex Stoïcorum schola : qui adolescentum pubertatem quatuordecim annis æstimabant : ut refert Plutarch. *Placit. philosoph.* 5. 24.

(2) *Javolenus* scilicet.

(3) Hinc Servius ad hunc Virgilii versum Æneid. 8.

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis :

Non est iteratum, inquit; sed secundum jus dictum, in quo et annorum ratione et habitu corporis ætas probatur.

Quum autem in hac sententiarum diversitate incertum esset pubertatis tempus, hinc observandum parentes ipsos interdum testamento suo statuisse, qua ætate sui liberi puberes haberi deberent. Cujus moris vestigia sunt in *l.* 49. *ff.* 30. 1. *de legatis* 1°. *l.* 64. §. 2. *ff.* 31. 1. *de legatis* 2°. et in *l.* 101. §. 3. *ff.* 35. 1. *de cond. et demonst.* Ex hoc etiam jure quidam intelligi volunt quod ait apostolus in epistola ad Galat. 4. 1. 2. *Quanto tempore heres parvulus est..... sub tutoribus et actoribus est usque ad præfinitum tempus a parte.*

(4) Sunt qui Justinianum hic cum larvis pugnasse putant, nec unquam

débiteur, il ne pourra faire concourir à sa libération aucun paiement fait pendant toute la durée de son administration.

La raison qui empêche le créancier d'être tuteur, est aussi celle pour laquelle un tuteur ne peut, pendant sa tutelle, ni après s'en être fait exempter, se faire céder aucune action contre son pupille, ni pour cause de donation, ni pour cause d'achat, sous peine de perdre l'action cédée et d'en libérer le pupille.

Mais un tuteur peut, pendant sa gestion, devenir créancier ou débiteur de son pupille, à raison d'une succession qui lui serait déférée. Justinien veut cependant que dans ce cas on lui adjoigne un curateur.

Tels sont les principes observés à l'égard des curateurs donnés aux adolescens et autres; mais la mère est exceptée de la règle qui exclut les créanciers et les débiteurs de la tutelle, par la Novelle XCIV.

§. III. *Quand finit la tutelle ?*

IX. « Les homme sortent de tutelle quand ils ont acquis l'âge de puberté ; et suivant les Cassiens, un homme est pubère quand il paraît tel par la force du corps, c'est-à-dire, lorsqu'il peut être père. Mais suivant les Proculeiens, il faut qu'il aît quatorze ans accomplis (1), et Priscus (2) exige l'un et l'autre, c'est-à-dire, la force du corps et le nombre des années (3) ».

Justinien ayant adopté l'opinion des Proculeiens, dit : « Rejetant l'indécente inspection, d'après laquelle on a prétendu vouloir juger de la puberté des hommes, nous voulons que, comme on ne répute les femmes pubères qu'après qu'elles ont l'âge de douze ans accomplis, de même les hommes pubères ne sont reconnus tels qu'autant qu'ils ont atteint l'âge de quatorze ans accomplis, sans avoir égard à l'état de leurs corps (4) ».

---

(1) Ils avaient puisé cette doctrine dans l'école des Stoïciens, qui ne jugeaient la puberté acquise qu'à l'âge de quatorze ans accomplis, comme le rapporte Plutarque.

(2) C'est-à-dire, Priscus-Javolenus.

(3) C'est pourquoi Servius, sur ce vers de l'*Enéide*, 8, *elle était nubile de corps et d'âge*, dit : il n'y a pas de répétition. L'expression est conforme au droit qui jugéait la puberté par l'âge et les forces du corps.

Mais comme cette diversité de sentimens rendait le tems de la puberté incertain, il faut observer que les parens eux-mêmes fixaient par leur testament l'âge auquel leurs enfans seraient censés pubères. On voit des vestiges de cet usage dans la *l.* 49. *ff. sur les legs*, dans la *l.* 64. §. 2. *ff. au même titre*, et dans la *l.* 101. §. 3. *ff. sur les conditions et les désignations testamentaires.* C'est aussi de cet usage que quelques interprètes veulent qu'on entende ce qu'a dit l'apôtre, *épître aux Galat.* 4, 1, 2, *que tant que l'héritier est enfant..... il demeure soumis à un tuteur et à un agent d'affaires, jusqu'à l'âge fixé par son père.*

(4) Il y a des interprètes qui veulent que Justinien combatte ici des chi-

Jure Pandectarum, fœminæ pubertate non liberabantur tutela (1) : verum jure novo liberantur; et eam voluit Justinianus æstimari anno duodecimo completo (2). Instit. I. 22.

X. Tutela « finitur non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli ». *l.* 4. *ff.* 27. 3. *de tutel. et rat. distr. v. finitur autem.* Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Enimvero « sciendum est nullam tutelam hereditario jure ad alium transire. Sed ad liberos virilis sexus perfectæ ætatis descendunt legitimæ (3) : cæteræ non descendunt ». *l.* 16. §. 1. Gaius, *ad ed. prov.*

XI. Quum maxima capitis diminutio morti comparetur, hinc « item si in servitutem pupillus redigatur, utique finitur tutela ». *l.* 14. §. 1. Paul. *lib.* 37. *ad Sab.*

« Aliis quoque modis desinunt esse tutores; si forte quis ab hostibus fuerit captus (4), vel pupillus, vel tutor ». *d. l.* 14. §. 2.

« Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit (5) : quia servus non efficitur, tutor manet. Sed interim a præsidibus alius tutor dabitur ». *l.* 15. Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

---

apud Romanos hanc *indecoram observationem et indagationem inhonestam* in usu fuisse : sed ipsos Sabinianos quum pubertatem corporis habitu æstimandam dixerunt, aut ea de re philosophice non practice disputasse ; aut hoc intellexisse de habitu corporis (id est, oris) qui ex vultu, barba voce apparet ; non de illa in decora verendorum denudatione. Illud constat jam longe ante Justinianum receptum esse ut in masculis pubertas annis quatuordecim æstimaretur : quod jam Ulpiani tempore prævaluisse videmus ex *l.* 5. *ff.* 28. 1. *qui testam. fac. poss.* et diserte confirmatum videtur a Diocletiano et Maximiano in *l.* 4. *cod.* 6. 22. *d. tit.* in qua rescribunt eum qui annos quatuordecim egressus est, potuisse testamentum facere, licet nondum vigoris emersissent vestigia. Item Macrobius sub Honorio et Theodosio juniore scribit (*Saturnal.* 7. 7.) *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, et quatuordecimus in puero definit pubertatis ætatem.* Vid Ræverd. *variar.* 6. 10 Heinecc. *antiq. rom.* 1. 22.

(1) De qua infra in append. ad calcem libri 27.

(2) Pariter lex Papia-Poppæa sub Augusto lata fœminas ea ætate viri potentes æstimaverat. Dio-Cass. *lib.* 54.

(3) Hoc improprie dicitur : tutela enim quam defunctus habebat, morte ejus finitur ; novam autem liberi ejus tutelam habere incipiunt jure proprio, utpote proximi agnati, non jure hereditario.

(4) Si tamen redierit, jure postliminii videbitur durasse tutela.

(5) Hoc accipe non de his qui transfugiunt animo proditoris, aut animo non revertendi ; hi enim jura civitatis amittunt : sed de his qui ad tempus

Par le droit des Pandectes, les femmes n'étaient pas hors de tutelle dès qu'elles avaient l'âge de puberté (1); mais elles en sortaient par le droit nouveau, à cet âge que Justinien avait fixé à douze ans accomplis (2).

X. « La tutelle finit, non-seulement à la puberté du pupille, mais encore à sa mort ou à celle du tuteur ».

En effet, « il faut savoir qu'aucune espèce de tutelle ne se transmet par droit d'hérédité; que la tutelle légitime passe bien du père à ses enfans mâles qui ont atteint l'âge compétent (3), mais qu'il n'en est pas ainsi des autres ».

XI. Comme le grand changement d'état est assimilé à la mort, « la tutelle finit quand le pupille a été réduit en servitude ».

« La tutelle finit encore de plusieurs autres manières, comme, par exemple, si le tuteur ou le pupille sont tombés au pouvoir des ennemis (4) ».

« Si un tuteur n'a pas été pris par les ennemis, mais leur a été envoyé en légation, ou est passé chez eux comme transfuge, et en a été reçu pour un tems (5), comme il ne devient pas leur esclave, sa tutelle ne finit pas; mais le président nomme un autre tuteur pour le tems de son absence ».

---

mères, qui nient que cette indécente inspection ait jamais été en usage chez les Romains, et disent que quand les Sabiniens eux-mêmes prétendaient qu'on dût juger de la puberté par l'inspection du corps, ils parlaient en philosophes, et ne voulaient pas dire que cette manière de l'estimer acquise, fût en pratique; ou bien qu'ils entendaient parler des signes apparens, comme la barbe, le son de voix, et non l'état des parties honteuses. Il est constant que long-tems avant Justinien, il était reçu de reconnaître la puberté des hommes par l'âge de quatorze ans, et nous voyons qu'il en était ainsi dès le tems d'Ulpien, par la *l.* 5. *ff. de ceux qui peuvent faire un testament*, et cela est formellement confirmé par Dioclétien et Maximien dans la *l.* 4. *cod. au même titre*, où ils disent que celui qui a atteint l'âge de quatorze ans peut faire un testament, quoiqu'il ne montre pas encore la vigueur d'un homme formé. Macrobe, qui vivait sous Honorius et Théodose-le-Jeune, dit aussi que selon le droit public, l'âge de quatorze ans pour les hommes, et de douze ans pour les femmes, était regardé comme celui de la puberté. Voyez Révard dans *ses Variantes*, et Heineccius, dans *ses Antiquités romaines*.

(1) Dont on parlera dans l'appendice du livre 27.

(2) La loi *Papia-Poppæa*, rendue sous Auguste, avait également statué que les femmes étaient nubiles à cet âge, d'après Dio-Cassius.

(3) On parle ici improprement; car la tutelle que gérait le défunt avait fini par sa mort, et ses enfans en géraient de droit une nouvelle, comme les plus proches agnats, et non par droit héréditaire.

(4) Cependant si l'un ou l'autre en revient, la tutelle sera censée n'avoir pas été interrompue par le droit de retour.

(5) Ce qui s'entend, non de ceux qui passent chez l'ennemi en déserteurs et sans intention de revenir, car ceux-là perdent le droit de cité, mais

XII. Media quoque capitis deminutione tam tutoris quam pupilli tutelam finiri, didicimus ex institutionibus.

Circa minimam autem, distinguendum an ex parte tutoris contingat an pupilli.

Et 1°. « legitimam tutelam capitis deminutione pupilli, etiam ea quæ salva civitate contingit, amitti nulla dubitatio est ». *l.* 2. *ff.* 26. 4. *de legitim. tutor.* Ulp. *lib.* 37. *ad Sab.*

Idem et de cæteris tutelis dictum puta, ut ex ipsa definitione tutelæ liquet; quæ est vis ac potestas *in capite libero*, id est in hominem sui juris.

Hinc, « si adrogati sunt adhuc impuberes (vel deportati sint pupilli), tutores habere desinunt (1) ». *l.* 14. *ibid.*

2°. Quod spectat minimam capitis deminutionem tutoris, « si legitimus tutor capite minutus sit, dicendum est desinere eum esse tutorem; et locum esse judicio *tutelæ*, finita tutela ». *l.* 5. §. 5. *ff.* 26. 4. *de legit. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Cæteræ autem tutelæ non finiuntur, ut vid. supra, lib. 4. tit. 5. *de cap. minut.* n. 5.

Hinc et « filiumfamilias emancipatum, si tutelam administret, etiam directo teneri Julianus putat (2) ». *l.* 4. §. 1. *ff.* 27. 3. *de tut. et rat. distrah.* Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Ex constitutione Anastasii, frater legitimam tutelam fratrum ac sororum, liberorumque ipsorum, capitis deminutione non amittit. *l.* 4. *cod.* 5. 30. *de leg. tutel.*

Jure autem Novellarum, agnationis jure sublato, dicendum est nullam tutelam capitis deminutione minima tutoris finiri. Novella CXVIII.

XIII. Hactenus de capitis deminutione. « Præterea si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor ». *l.* 14. §. 4. Ulp. *lib.* 37. *ad Sab.*

« Sed et si ad tempus fuerit quis datus, tempore finito tutor esse desinit ». *d. l.* 14. §. 3.

« Sed et si ad certam conditionem datus sit, æquæ evenit ut desinat esse tutor, existente conditione ». *d. l.* 14. §. 5.

---

sine dolo transfugiunt (forte ut vitent potentes inimicos quos in civitate habent) et animum revertendi conservant. D. Noodt. hanc legem intelligit de eo qui missus est ad hostes ut ipsis dederetur, et quem hostes non receperunt; legitque *missus ad eos quasi lege, aut etiam receptus ab eis*: expunctis duobus verbis sequentibus *aut transfugerit*.

(1) Qui enim se dedit in adoptionem, desinit esse sui juris: unde in eo finitur tutela; quemadmodum et in eo qui deportatus est.

(2) Sensus est; etsi post emancipationem administrare pergat, directa actione *tutelæ* tenetur, utpote verus tutor: non utili; neque enim amisit tutelam capitis deminutione quæ per emancipationem contigit.

XII. Nous apprenons encore par les institutes, que le moyen changement d'état du tuteur ou du pupille, fait aussi finir la tutelle.

Par rapport au plus petit, on distingue si c'est le tuteur ou le pupille qui l'a éprouvé.

Et 1°. « il est très-certain que la tutelle légitime finit par le changement d'état du pupille, lors même que ce changement d'état ne lui fait pas perdre le droit de cité ».

Il en est de même de toutes les autres tutelles, comme l'annonce la définition du mot *tutelle*, qui est définie une puissance et une autorité données sur un homme libre, c'est-à-dire, sur un homme qui n'est point sous la dépendance d'autrui.

C'est pourquoi, « si des impubères ont été abrogés, ou des pupilles déportés, ils ont cessé d'être en tutelle (1) ».

2°. Quant au plus petit changement d'état de la part du tuteur, « si un tuteur légitime a changé d'état, il faut dire qu'il a cessé d'être tuteur, et que l'action de la tutelle est acquise contre lui ».

Les autres tutelles ne finissent pas ainsi, comme on l'a vu liv. 4, *de la diminution de tête, ou du changement d'état.*

C'est pourquoi aussi « Julien pense (2) que si un fils de famille émancipé administre une tutelle, il est même passible de l'action directe ».

Par une constitution d'Anastase, un frère ne perd pas la tutelle légitime de ses frères et sœurs, ou de leurs enfans, par son changement d'état.

Mais le droit d'agnation ayant été abrogé par le droit des Novelles, il faut dire qu'aucune espèce de tutelle ne finit par le plus petit changement d'état du tuteur.

XIII. Jusqu'ici nous avons parlé du changement d'état; « mais un tuteur cesse aussi de l'être quand il a été destitué comme suspect ».

« Et même si un individu a été donné pour tuteur à tems, il cesse de l'être quand ce tems est expiré ».

« Et s'il a été donné à raison de certaines conditions, il cesse encore de l'être quand ces conditions sont remplies ».

---

de ceux qui, de bonne foi, fuient pour un tems, pour éviter des ennemis puissans qu'ils ont à Rome par exemple, et conservent l'intention d'y revenir. D. Noodt entend cette loi de celui qui a été envoyé chez les ennemis pour s'y donner, et n'en a pas été reçu, et lit *envoyé chez eux comme par une disposition de la loi, ou reçu par eux*, en effaçant les deux mots qui suivent, *aut transfugerit.*

(1) Car celui qui s'est donné en adoption cesse d'être son maître; d'où suit qu'il n'a plus de tuteur, comme celui qui a été déporté.

(2) Le sens est que, bien qu'après son émancipation il continue de gérer, il est soumis à l'action directe de la tutelle, et non à l'action utile, parce qu'il n'a pas cessé d'être tuteur par le changement d'état qu'il a encouru par suite de son émancipation.

Si quis in locum absentis tutor fuerit datus, absente reverso finitur tutela hujus suffecti tutoris.

Quocirca « quæsitum est an hi, qui in locum absentis reipublicæ causa tutores dati sunt, mortuo illo tutores perseverent, an alii petendi essent? Paulus respondit: eos qui in locum absentis dati sunt, non reverso eo, in eadem causa perseverare usque ad tempus pubertatis (1) ». *l.* 12. Paul. *lib.* 16. *resp.*

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

Postquam nonnulla de tutelis generaliter præmiserunt Pandectarum ordinatores titulo superiore, jam in hoc titulo et sequentibus singulas tutelarum species exponunt: et primo *de testamentaria tutela.*

I. Tutela testamentaria ea est quæ ex parentis testamento defertur.

« Testamento nominatim tutores dati confirmantur (2) lege XII Tabularum his verbis: *uti legassit* (3) *super pecunia* (4) *tutelave suæ* (5) *rei*, *ita jus esto.* Qui tutores dativi (6) appellantur ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 14.

Cura autem nulla testamentaria est. Unde Modestinus: « *Eti* εἰδέναι, etc. (id est) hoc amplius scire oportet, quoniam curator testamento neque a patre recte datur ».

« Sed datum assuetum est confirmari ab eo qui præest ». *l.* 1. §. *fin. ff.* 26. 3. *de confirm. tut. lib.* 6. *excus.*

Circa tutelam testamentariam videbimus: 1°. quibus testamento tutores dentur; 2°. quis dari possit; 3°. quomodo detur; item quomodo testator tutelam quam adscripsit, revocare possit, et quando videatur nec ne revocata; 4°. quando deferatur testamen-

(1) Nam proprio jure tutor est; non vero duntaxat ipsi mandatur administranda tutela quam habebat absens.

(2) Dixit *confirmantur*: nam longe vetustior est hæc tutela; si quidem, ut ex Livio discimus, filio suo tutorem dederat Ancus-Marcius Tarquinium-Priscum.

(3) Id est, disposuerit: *legare* est legis modo disponere.

(4) *Pecunia* hic accipitur pro bonis seu hereditate: *l.* 122. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.*

(5) Quum patria potestas esset veluti quoddam jus dominii, pater liberos suos quodammodo inter res suas annumerabat, et de eorum tutela tanquam de *re sua* disponebat.

(6) Eo sensu quod a testatore *dentur* tutores. Tamen juxta frequentiorem dativorum tutorum significationem, non hi tutores intelliguntur, sed illi qui ex novis legibus a magistratu dantur tutores.

Celui qui a été donné pour tuteur pendant l'absence d'un autre, cesse enfin de l'être dès que l'absence de l'autre a fini.

Par rapport à ce cas, « on a demandé si le tuteur subtitué à un tuteur absent pour le service de la république, continuait de l'être après la mort de ce dernier, ou s'il fallait en demander d'autres. Paul a répondu que le tuteur donné pour gérer la tutelle en l'absence d'un autre, devait la gérer jusqu'à la puberté du pupille, si l'absent ne revenait pas (1) ».

TITRE II.

De la tutelle testamentaire.

Les rédacteurs des Pandectes, après avoir établi dans le titre précédent les principes généraux sur les tutelles, traitent, dans celui-ci et le suivant, de leurs différentes espèces, et d'abord de la tutelle testamentaire.

I. La tutelle testamentaire est celle qui est déférée par le testament du père.

« Les tuteurs nommément donnés par testament sont confirmés (2) par ces termes de la loi des douze Tables, *que ce qu'aura voulu un testateur* (3) *par rapport à sa fortune* (4) *et à la tutelle de ses enfans* (5), *soit observé comme loi.* Cette tutelle s'appelle *dative* (6) ».

Mais il n'y a point de curatelle testamentaire; c'est pourquoi Modestinus dit : « Il faut encore savoir qu'un père lui-même ne peut pas donner régulièrement un curateur par testament ».

« Cependant le président a coutume de confirmer ceux qui ont été ainsi donnés ».

Nous verrons, par rapport à la tutelle testamentaire, 1°. à qui on peut donner des tuteurs par testament; 2°. qui peut être donné ainsi pour tuteur; 3°. comment on le donne, comment le testateur peut révoquer le tuteur qu'il a donné, et quand il est censé

---

(1) Parce qu'il est tuteur de droit, et qu'il n'administre pas en vertu d'un mandat la tutelle donnée à l'absent.

(2) Il dit *sont confirmés*, parce que cette tutelle est beaucoup plus ancienne, puisque Tite-Live nous apprend qu'Ancus-Marcius avait donné pour tuteur à son fils, Tarquin-l'Ancien.

(3) C'est-à-dire, *disposuerit. Legare* veut dire *disposer en forme de loi.*

(4) Par *pecunia* on entend ici sa fortune. Voyez *l.* 122. *ff. sur la signification des termes de droit.*

(5) Comme la puissance paternelle était une espèce de droit de propriété, le père regardait ses enfans en quelque sorte comme sa chose, et disposait de leur tutelle comme de ses biens.

(6) En ce sens que les tuteurs sont donnés par le testateur. Cependant, suivant l'acception reçue des tuteurs appelés *dativi*, cette tutelle ne serait pas dative, puisque la tutelle dative était donnée par le magistrat, d'après les nouvelles lois.

taria tutela, et quis sit hujus delatæ effectus; denique quæremus de interpretatione scripturarum quæ tutoris dationem continent.

Articulus I.

Quibus testamento tutor detur?

II. « Nemo potest tutorem dare cuiquam nisi ei quem in suis (1) heredibus, quum moritur, habuit, habiturusve esset si vixisset (2) ». *l.* 73. §. 1. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Q. M. Scævol. *lib. sing.*

Nil refert autem cujus sexus sint quibus tutor datur. Nam « lege XII Tabularum permissum est parentibus liberis suis sive fœminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare ». *l.* 1. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. prov.*

« Item scire debemus etiam posthumis filiis, vel nepotibus, vel cæteris liberis, licere parentibus testamento tutores dare (3): qui modo in ea causa sint, ut si vivo eo nati fuerint, in potestate ejus futuri sint (4), neque testamentum rupturi (5) ». *d. l.* 1. §. 1.

III. Ita demum autem testator potest tutorem dare his quos in potestate habet, si post mortem ipsius in potestatem alterius recasuri non sint.

Hinc pergit Gaius: « Item, ignorandum non est eum qui filium in potestate habebit et nepotem ex eo æque in potestate habebit, si nepoti tutorem dederit, ita recte dedisse videri, si nepos post mortem ejus in patris sui potestatem recasurus non (6) sit: quod evenit, si vivo testatore, filius in potestate ejus esse desierit (7) ». *d. l.* 1. §. 2.

---

(1) Hoc liquet ex verbis legis XII Tabularum: *tutela rei suæ*. Soli liberi, quos in potestate habemus, possunt dici *res nostra*.

(2) Hoc refert ad posthumos; quibus ita demum quis tutorem dare potest, si ii sint quos in potestate habuisset, si jam nati fuissent quum mortuus est.

(3) Quæ datio ita valebit, si edatur partus

(4) Igitur si nepotes ex filio emancipato post emancipationem patris sui fuerint concepti, his tutor testamento avi dari non potest; quia, etsi vivo avo nati fuissent, in potestate ejus nati non fuissent.

(5) Nam si præteritis posthumis suis datus fuerit tutor, quum nascendo rumpant testamentum, corruet et tutela quæ testamento continetur.

(6) Hoc sequitur ex tutelæ definitione: *in capite libero*.

(7) Quum enim filius per emancipationem jura familiæ amiserit, nepos

l'avoir ou ne pas l'avoir révoqué; 4°. quand la tutelle testamentaire est déférée, et quels sont ses effets. Nous examinerons enfin comment il faut interpréter les actes par lesquels elle est donnée.

ARTICLE I.

A qui on peut donner un tuteur par testament.

II. « Personne ne peut donner un tuteur par testament qu'à ceux qui sont ses héritiers à l'époque de sa mort (1), ou qui le deviendraient s'il devait vivre assez long-tems (2) ».

Mais il est indifférent de quel sexe soient ceux à qui ce tuteur est donné. « Car la loi des douze Tables permet aux parens de donner des tuteurs par testament à leur enfans du sexe féminin comme du sexe masculin, pourvu qu'ils soient sous leur puissance ».

« Nous devons encore savoir qu'il est également permis aux parens de donner, par leur testament, des tuteurs à leurs enfans, petits-enfans et autres descendans posthumes (3), pourvu qu'ils doivent être sous leur puissance s'ils naissent de leur vivant (4), et que leur naissance ne doive pas annuller ni casser leur testament (5) ».

III. Mais un testateur ne peut donner un tuteur aux enfans qui sont sous sa puissance, qu'autant qu'ils ne doivent pas retomber sous la puissance d'un autre après sa mort.

C'est pourquoi Gaius ajoute : « Nous ne devons pas non plus ignorer que si celui qui avait un fils sous sa puissance, l'a donné pour tuteur à son petit-fils, il n'est censé le lui avoir régulièrement donné, qu'autant que ce petit-fils ne doit pas après sa mort retomber sous la puissance de son père (6), comme il arrive, si du vivant du testateur son fils a cessé d'être sous sa puissance (7) ».

---

(1) C'est ce que prouvent ces mots de la loi des douze Tables : *tutela rei suæ.* Les seuls enfans qui sont sous notre puissance, peuvent être notre chose.

(2) Ceci se rapporte aux posthumes, à qui leur père ne peut donner un tuteur qu'autant qu'ils auraient été sous sa puissance s'ils étaient nés avant sa mort.

(3) Ce qui ne vaut qu'autant qu'ils naîtront.

(4) Si donc les enfans du fils émancipé ont été conçus depuis son émancipation, l'aïeul n'a pas pu leur donner un tuteur par son testament, parce que, quand ils seraient nés de son vivant, ils ne seraient pas nés sous sa puissance.

(5) Car s'il a omis ses posthumes en donnant un tuteur aux autres, ces posthumes annullant son testament, annulleront aussi la tutelle qu'il y aura donnée.

(6) Cela suit de la définition de la tutelle : *in capite libero, donnée sur une personne libre.*

(7) Parce que le fils ayant perdu le droit de famille par son émancipation,

Et quidem « nec militem liberis recasuris in potestatem tutorem dare posse, a divis fratribus rescriptum est ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 2. *ad Sab.*

IV. « Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem an aliquo casu non sit utilis datio? Ut puta, si proponas filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo. Et fortius dicendum est, tutelam quoque a lege Junia-Velleia (1) confirmatam. Nam et Pomponius lib. 16, ex Sabino scripsit, valere tutoris dationem : quum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta, quod valet, id est, ubi nepos vel heres institutus (2) sit, vel nominatim exheredatus sit ». *l.* 10. §. 2. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Articulus II.

Quis testamento tutor dari potest ?

V. « Testamento tutores hi dari possunt, cum quibus testamenti (3) factio est ». *l.* 21. Paul. *lib.* 8. *brev.*

Et quidem soli. Imo et observandum quod ait Ulp. : « Testamento tutores dari possunt hi, cum quibus testamenti faciendi jus est, præter Latinum Junianum. Nam Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest : id enim lex Junia prohibet ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 16.

Jure autem Justinianeo nulli sunt amplius Latini.

VI. Ex sententia senatus-consulti Liboniani (4), tutor non erit qui se testamento pupillo tutorem scripsit ».

Quum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset; eum, quamvis alii tutores essent, curatorem (5) dandum respondi ; nec admittendam excusationem quam

---

ex eo in potestate retentus, in hujus potestatem (utpote jam extraneæ personæ) non recidit.

(1) Vid. de hac re *tit.* 2. *de lib. et posth.* infra, *lib.* 28.

(2) Nam si præteritus fuisset nepos, rupisset testamentum ; adeoque non potuisset valere tutela hoc testamento data.

(3) Vid. *tit.* 1. *qui testam. fac. poss.* infra, *lib.* 28.

(4) Quo infirmantur ea quæ scriptor testamenti sibi ipse adscripsit.

(5) Datio non valet ipso jure : verum propter evidentem voluntatem patris, confirmabitur a magistratu datio tutoris, si solus fuerit a testatore datus. Quod si sint alii tutores, non creabitur a magistratu tutor ; sed potius his adjungetur tanquam curator. Cur autem non tanquam tutor ? Quia dum tes-

Et même « un rescrit des deux frères porte qu'on ne peut pas donner un militaire pour tuteur à des enfans qui doivent retomber sous sa puissance ».

IV. « Si un père qui a un fils, et par lui un petit-fils, donne son fils pour tuteur à son petit-fils, on examine s'il n'y aura pas un cas où ce tuteur n'aura pas été inutilement donné ; comme, par exemple, si l'on suppose que le fils est décédé avant son père, et que le petit-fils lui a succédé son aïeul encore vivant. Il faut dire à plus forte raison que cette tutelle est confirmée par la loi *Junia-Velleia* (1); car Pomponius dit, d'après Sabinus, que la tutelle est légalement donnée, parce que le testament étant confirmé, il s'ensuit que la tutelle qui y est donnée doit l'être légalement, puisque le petit-fils y est institué héritier, ou nommément deshérité (2) ».

Article II.

Qui peut être donné pour tuteur par testament.

V. « On peut donner pour tuteurs par testament, ceux avec qui l'on peut faire testament (3) ».

Ce sont même les seuls. Il faut cependant observer ce que dit Ulpien : « On peut donner pour tuteurs par testament, ceux avec qui on a le droit de faire testament, excepté les Latins Juniens ; car un Latin Junien peut faire testament, et ne peut pas être donné pour tuteur, parce que la loi *Junia* le défend ».

Mais par le droit de Justinien, il n'y a plus de Latins d'aucune espèce.

VI. D'après l'esprit du sénatus-consulte Libonien (4), celui qui a écrit un testament ne peut pas être tuteur en vertu de ce testament ».

« Mais, dans une espèce où l'on ne pouvait douter de l'intention du père qui l'avait déclaré par écrit de sa propre main, j'ai répondu qu'y ayant d'autres tuteurs, il fallait leur adjoindre comme curateur celui qui avait écrit le testament (5), et même ne pas

---

son petit-fils retenu sous la puissance de son père, ne retombe pas sous sa puissance, comme étant une personne étrangère à cet égard.

(1) Voy. sur cette matière le titre *des enfans et des posthumes*, ci-après *liv.* 28.

(2) Parce que si le petit-fils y eût été omis, son omission eût fait casser le testament, et par conséquent la tutelle qui y était donnée.

(3) Voyez le titre qui traite *de ceux qui peuvent faire un testament*, ci-après *liv.* 28.

(4) Qui infirme tout ce qui concerne celui qui a écrit le testament.

(5) Sa nomination est nulle de plein droit ; mais à cause de la volonté manifestée du père, elle sera confirmée par le magistrat, s'il a été seul donné pour tuteur ; toutefois s'il y en a d'autres, il ne sera pas nommé tuteur par le magistrat, mais seulement adjoint aux autres comme curateur. Pourquoi

jure publico (1) habebat; quoniam promississe videbatur; nec ut suspectum (2) removeri ». *l.* 29. Papin. *lib.* 15. *resp.*

Consonat Paulus: « Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse præsumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse, tamen si idoneus esse adprobetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. Nec excusatio ejus admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris ». *l.* 18. §. 1. *ff.* 48. 10. *ad leg. corn. de fals.* Paul. *lib.* 3. *sent.*

VII. Maxime autem tutor inutiliter datur, qui, eo tempore quo dies relictæ tutelæ cedit, hujus muneris esset incapax.

Hinc « verbis fideicommissi manumissus, non jure (3) tutor testamento datur ». *l.* 28. §. 1. Papin. *lib.* 4. *resp.*

Non tamen omnino inanis erit hoc casu voluntas testatoris; sed hanc sequetur prætor, confirmando tutorem postquam manumissus fuerit.

Hinc statim subjicitur: « Post libertatem itaque redditam, ex voluntate testatoris ad tutelam vocatur ». *d.* §. 1.

Quod si jam alius tutor jure datus existebat, ille qui non jure datus est, non confirmabitur tutor (quum tutorem habenti tutor non detur), sed curator adjungetur.

Hinc Valerianus et Gallienus: « Si pupillorum pater alienum servum de quo postulas; et tutorem esse voluerit et liberum, manente tamen alio tutore pupillis ante dato: et redimi, et manumitti hunc apud præsidem provinciæ, et curatorem adjungi oportet ». *l.* 5. *cod.* 5. 28. *h. tit.*

VIII. Quod diximus, verbis fideicommissi manumissum inutiliter testamento tutorem dari, obtinet si pure datus sit. Cæterum et « servus alienus ita dari tutor potest: *si liber erit, tutor esto.*

---

tamentariæ tutelæ locus est; non est dativæ locus; et *tutorem jam habenti tutor non datur.*

(1) Jure communi; puta quod haberet tres liberos, etc.

(2) Id est, ex eo non debet videri suspectus, quod se tutorem scripserit.

(3) Tempore enim aditæ hereditatis quo tutela defertur, nondum est liber, quamvis libertas ei deheatur; adeoque est tutelæ incapax.

admettre la dispense qu'il pourrait tirer du droit public (1), parce qu'il était censé avoir accepté la tutelle, et qu'il ne devait pas être rejeté comme suspect (2) ».

A quoi est conforme ce que dit Paul. « L'individu qui s'est inscrit lui-même comme tuteur du fils impubère de celui dont il écrivait le testament, doit lui être donné pour tuteur, non en vertu de ce testament, mais par décret du magistrat, s'il est reconnu solvable, encore qu'il dût paraître suspect, comme s'étant offert lui-même à gérer la tutelle; et on ne doit pas écouter la dispense qu'il alléguerait, parce que, en effet, il a souscrit à la volonté du testateur ».

VII. Mais on ne peut pas donner pour tuteur, surtout, celui qui s'en trouverait incapable au jour où la gestion en devrait commencer.

C'est pourquoi « on ne peut pas donner pour tuteur celui à qui le testament donne sa liberté par fidéicommis (3) ».

La volonté du testateur ne sera cependant pas absolument sans effet dans ce cas; le préteur s'y conformera, en la confirmant après l'affranchissement.

C'est pourquoi la loi ajoute immédiatement que « quand il aura reçu sa liberté, il sera appelé à la tutelle, suivant l'intention du testateur ».

S'il y avait un autre tuteur légalement donné, celui qui l'aurait été de la manière qu'on vient de dire, ne serait pas confirmé, parce qu'on ne donne pas un tuteur à celui qui en a déjà un, mais lui serait adjoint comme curateur.

C'est pourquoi Valérien et Galien disent : « Si le père des pupilles a voulu par son testament que l'esclave étranger dont vous parlez dans votre requête, fût libre et devînt tuteur de ses enfans, celui qui leur avait été donné auparavant sera maintenu; mais l'esclave après avoir été racheté et affranchi devant le président de la province, lui sera adjoint comme curateur ».

VIII. Ce que nous avons dit, qu'on ne pouvait pas donner pour tuteur, par testament, celui qui devait être affranchi en vertu d'un fidéicommis, a lieu lorsqu'il a été donné purement et simplement. Mais « on peut donner pour tuteur un esclave étranger, en disant qu'il sera tuteur s'il est libre; et même quand on l'aurait

---

comme curateur? Parce que quand il y a lieu à la tutelle testamentaire, il n'y a pas lieu à la tutelle dative, et qu'on ne donne pas un tuteur à celui qui en a déjà un ou plusieurs.

(1) Du droit commun, comme par exemple s'il disait qu'il a trois enfans, etc.

(2) C'est-à-dire, qu'il ne doit pas être réputé suspect pour avoir écrit sa nomination.

(3) Parce qu'au tems de l'adition d'hérédité, et où la tutelle est déférée, il n'est pas libre, bien que la liberté lui soit déjà due, et que par conséquent il est inhabile à gérer la tutelle.

Quinimmo, etsi pure (1) datus sit, videtur inesse (2) hæc conditio, *quum liber erit.*

« Potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem (3). Quid enim interest suum servum (4), an alienum tutorem scripserit, quum pupilli favore et publicæ utilitatis adsumpta libertas sit in persona ejus qui tutor scriptus est? Potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragetur ». *l.* 10. §. 4. Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Consonat quod rescribunt Valerianus et Gallienus : « Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est tamen, et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur : et, si non suum proprium sed alienum servum conditionem ejus sciens (5) tutorem adscripserit, æque fideicommissariam libertatem datam, nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat, prudentibus placuit ». *l.* 9. *cod.* 7. 4. *de fideic. libert.*

Justinianus servo testatoris, sine libertatis mentione tutori dato, etiam directam libertatem asserit. Instit. *lib.* 1. *tit.* 14. Qui testament. tut. — et pen. *cod.* 6. 27. de necess. hered.

IX. Quum servo proprio tutori dato præsumatur relicta libertas, hinc occurrit hæc questio : « Lucius-Titius heredes instituit filios suos pupillaris ætatis, eisque tutores his verbis dedit : *Filiis meis tutores sunto Gaius-Mævius et Lucius* (6) *Eros :* cui Eroti libertatem non dedit. Fuit autem Eros intra viginti quinque annos ætatis. Quæro an possit libertatem sibi vindicare (7)? Paulus respondit : Quoniam placet eum qui a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri; eum quoque de quo quæritur, in

(1) Id est, quamvis si hoc tantum quod verba exprimunt spectetur, pure videatur datus.

(2) Facile præsumetur adjecta. Leges autem præcedentes intelligendæ sunt de casu quo ex circumstantiis locus non esset huic præsumptioni.

(3) Duo igitur subaudientur quum servus alienus tutor datus est : 1°. conditio libertatis tacite adscripta dationi tutoris, ut tunc demum cedat quum liber erit, adeoque utiliter cedat : 2°. fideicommissum libertatis ipsi relictum.

(4) Supponit dubium non fuisse eum qui servum suum tutorem dedit, præsumi debere ipsi reliquisse libertatem. Hinc colligit eamdem præsumptionem obtinere debere, et quum alienum servum tutorem dedit.

(5) Si enim credebat liberum, præsumptio relictæ libertatis locum habere non potest.

(6) Nota prænomen adjectum nomini servi.

(7) Ratio dubitandi, quia non est ejus ætatis ut tutor esse possit.

donné purement et simplement (1), la clause, s'il est libre, sera censée sous-entendue (2) ».

« On pourra aussi, dans ce cas, soutenir que la liberté fidéicommissaire de cet esclave étranger sera également sous-entendue (3) : car que fait à la chose que le testateur ait donné pour tuteur son esclave ou un esclave étranger (4), puisque c'est en faveur des pupilles et de l'utilité publique qu'on suppose la liberté dans celui qui est donné pour tuteur? On peut donc soutenir qu'elle a été donnée à cet esclave, à moins que l'intention du testateur ne s'y oppose évidemment ».

Ce qui s'accorde avec ce que disent Valérien et Gallien dans un rescrit. « Quoiqu'un testateur n'ait pas énoncé qu'il donnait la liberté à son esclave en le donnant pour tuteur à ses enfans, il est néanmoins reçu en faveur des pupilles et de la liberté, qu'il est censé lui avoir laissé la liberté par fidéicommis; et si ce n'est pas son esclave, mais celui d'un autre, qu'il a donné pour tuteur à ses enfans, connaissant son état (5), il est également décidé qu'il a voulu lui donner la liberté fidéicommissaire, à moins qu'il n'ait expressément dit le contraire ».

Justinien a voulu que quand le testateur aurait donné son propre esclave pour tuteur à ses enfans, sans faire mention de la liberté, il fût censé lui avoir donné la liberté directe.

IX. De ce qu'on présume qu'un testateur a laissé la liberté à son esclave, en le donnant pour tuteur à ses enfans, il résulte la question suivante : « Lucius-Titius a institué pour héritiers ses enfans en minorité, et leur a donné des tuteurs en ces termes : *Que Gaius-Mævius et Lucius* (6) *Eros soient tuteurs de mes enfans.* Eros, son esclave, à qui il n'a pas donné la liberté, n'avait pas vingt-cinq ans, et on a demandé si l'esclave Eros pouvait la revendiquer (7). Paul a répondu que puisqu'il avait été décidé qu'un esclave donné pour tuteur à son maître, devait être censé en

(1) C'est-à-dire, encore qu'il dût paraître donné purement et simplement, si l'on ne considérait que les termes du testament.

(2) Sera présumée ajoutée. Les lois précédentes doivent s'entendre des cas où les circonstances s'opposent à cette présomption.

(3) Il y aura donc deux choses sous-entendues, dans le cas où un esclave étranger aura été donné pour tuteur, 1°. la condition de la liberté tacitement donnée au tuteur, pour qu'il exerce quand il sera libre; 2°. le fidéicommis en vertu duquel il doit être affranchi.

(4) Le jurisconsulte suppose que celui qui a donné son propre esclave pour tuteur, doit être incontestablement présumé avoir voulu lui léguer sa liberté, et il en conclut que la même présomption doit encore avoir lieu lorsqu'il a donné pour tuteur l'esclave d'un autre.

(5) Car s'il l'eût cru libre, il ne pourrait pas être présumé lui avoir laissé la liberté.

(6) Lucius est un prénom ajouté au nom de l'esclave.

(7) La raison de douter est qu'il n'avait pas l'âge requis pour être tuteur.

eadem causa habendum, et liberum quidem ab adita hereditate (1) esse, tutela autem post legitimam ætatem (2) onerari ». *l.* 32. §. 2. Paul. *lib.* 9. resp.

X. Quod de servo tam proprio quam alieno diximus, ita demum obtinet, si eum testator sciverit esse servum.

Sed « si quis tutorem dederit filio suo servum, quem putabat liberum esse quum esset servus, is neque liber (3), neque tutor erit ». *l.* 22. Ulp. *lib.* 45. *ad ed.*

Idem alibi. « Si quis tutorem ideo scripserit, quia liberum putavit, certissimum est neque libertatem peti posse, neque tutelam libertatis præstatioui patrocinari. Et ita et Marcellus libro 15 Digestorum, et Imperator noster cum patre rescripsit ». *l.* 24. §. 9. *ff.* 40. 5. *de fideic. libert.* Ulp. *lib.* 5. *fideic.*

XI. Quod de servis dictum est, idem dicendum et de cæteris incapacibus qui capaces fieri possunt.

V. G. « Si furiosus testamento detur, si quidem quum *furere desierit*, tutorem esse recte datum Proculus existimat : quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Sed est verius (quod et Pomponius ait) recte videri datum; et tunc fore tutorem, quum sapere cœperit (4) ». *l.* 10. §. 3. Ulp. *lib.* 36. *ad Sabin.*

---

(1) Ex hoc textu concludit Hotomannus, jure Digestorum directam libertatem tacite intelligi relictam servo proprio qui datus est tutor.

Contra, ex *l.* 9. *cod.* 7. 4. *de fideic. libert.* modo supra vidimus fideicommissarium duntaxat ei præsumi relictam. Alii respondent cum Cujacio ad *l.* in arbitrio servi fuisse, an directam sibi vindicaret libertatem, an fideicommissariam peteret, ut in casu *l.* 36. *ff.* 40. 1. *de manumiss.* Alii dicunt ambiguum fuisse tunc inter jurisconsultos utra species libertatis relicta præsumi deberet : Valerianum autem et Gallienum ampleros esse sententiam eorum qui fideicommissariam duntaxat relictam præsumebant; Justinianum, eorum qui directam.

(2) Dices : jure Digestorum servus minor triginta annis qualis ille erat, testamento manumissus, Latinam duntaxat libertatem consequebatur : (supra, *lib.* 1. *tit.* 5. *de stat. hom. n.* 29.) Latini autem tutores esse non poterant (ut vidimus supra *n.* 5.) Respondeo : quemadmodum servus, licet minor triginta annis, civilem libertatem consequitur quum ex justa causa apud consilium probata vindicta manumittitur, ita et in hac specie civilem libertatem consequitur, quia justa manumissionis causa est ut tutor sit liberi testatoris.

(3) Certe enim non potest intelligi testator voluisse relinquere libertatem ei quem credebat liberum.

(4) Subauditur enim hæc conditio; quamvis, si sola verba spectentur, tutor pure datus videatur.

avoir mérité la liberté, celui dont il s'agissait étant dans le même cas, devait être libre du jour de l'adition d'hérédité(1), et chargé de la tutelle (2), quand il aurait atteint l'âge compétent ».

X. Ce que nous avons dit du cas où le testateur a donné pour tuteur son esclave ou celui d'un autre, n'avait lieu qu'autant qu'il le savait véritablement esclave.

Car « si un individu a donné pour tuteur à son fils un esclave qu'il croyait libre lorsqu'il ne l'était pas, cet esclave n'obtiendra ni la liberté (3) ni la tutelle ».

On lit encore ailleurs : « Si un individu a donné un esclave pour tuteur, parce qu'il le croyait un homme libre, il est très-certain que cet esclave ne pourra demander ni la liberté ni la gestion de la tutelle. Ainsi l'ont décidé Marcellus, et notre Empereur avec son père, dans un rescrit ».

XI. Ce qu'on a dit des esclaves, s'entend aussi des autres personnes qui sont incapables d'être tuteurs, mais qui peuvent en devenir capables.

Par exemple, « si l'on a donné pour tuteur, par testament, un fou, Proculus pense que si le testateur a ajouté *quand il a cessé de l'être*, il l'aura également donné, et que s'il l'a donné purement et simplement, il l'aura donné inutilement. Mais le mieux est de dire avec Pomponius que ce fou sera légalement donné, même dans ce dernier cas, et qu'il gérera la tutelle quand il aura recouvré sa raison (4) ».

---

(1) Hotomann conclut de ce texte, que par le droit du Digeste, celui qui avait donné son propre esclave pour tuteur, était censé avoir tacitement voulu lui laisser la liberté directe.

Mais nous venons de voir par la *l.* 9. *cod. sur la liberté fidéicommissaire*, qu'il était au contraire censé ne lui avoir laissé que la liberté fidéicommissaire. D'autres répondent avec Cujas sur cette loi, que l'esclave avait le choix de revendiquer la liberté directe, ou de demander la liberté fidéicommissaire, comme dans le cas de la *l.* 56. *ff. sur l'affranchissement*; d'autres, qu'il y avait diversité d'opinion entre les jurisconsultes, sur l'espèce de liberté que le testateur devait être présumé avoir laissée; que Valérien et Gallien avaient adopté l'opinion de ceux qui pensaient que c'était la liberté fidécommissaire, et Justinien, l'opinion de ceux qui pensaient que c'était la liberté directe.

(2) On objecte que par le droit des Pandectes l'esclave mineur de trente ans, comme celui dont il s'agit, étant affranchi par testament, n'obtenait que la liberté latine, comme on l'a vu *liv.* 1, au titre qui traite *de l'état des individus*, *n.* 29, et que les Latins ne pouvaient pas être tuteurs, comme on l'a vu ci-dessus *n.* 5. Je réponds que comme un esclave âgé de moins de trente ans obtenait la liberté civile lorsqu'il était affranchi dans la forme solennelle pour une cause jugée juste, il devait aussi l'obtenir dans cette espèce, parce que l'esclave affranchi pour être tuteur des enfans de son patron, était censé l'être pour une cause juste.

(3) Parce que le testateur ne peut certainement pas être censé avoir voulu donner la liberté à celui qu'il croyait libre.

(4) On sous-entend cette clause, encore que le tuteur soit censé donné purement et simplement, suivant la lettre du testament.

Et alibi similiter : « Furiosus, si tutor datus fuerit, potest intelligi ita dari, quum suæ mentis esse cœperit ». *l.* 11. *ff.* 26. 1. *de tutel.* Paul. *lib.* 3. *ad Vitellium.*

XII. Vidimus qui tutores testamento dari non possint.

Cæterum, « testamento quemlibet possumus tutorem dare, sive is prætor, sive consul sit; quia lex XII. Tabularum id confirmat (1) ». *l.* 20. §. 1. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Illud « quæro, an non ejusdem civitatis cives testamento quis tutores dare possit? Paulus respondit posse (2) ». *l.* 32. Paul. *lib.* 9. resp.

ARTICULUS III.

Quomodo tutor testamento dari debeat, et an datus possit revocari?

§. I. *Quomodo dari debeat.*

XIII. Sic tutor testamento dari debet, ut personæ detur. Nam « certarum rerum, vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis (3) rebus ». *l.* 12. Ulpianus, *lib.* 38. *ad Sabin.*

« Et, si datus fuerit, tota datio nihil valebit ». *l.* 13. Pomp. *lib.* 17. *ad Sab.*

« Quia personæ, non rei, vel causæ datur ». *l.* 14. Marc. *lib.* 2. instit.

« Si tamen tutor detur rei Africanæ, vel rei Syriacæ, utilis datio est (4). Hoc enim jure utimur ». *l.* 15. Ulpian. *lib.* 38. *ad Sabin.*

---

(1) Id est, *quia*, quum *lex XII Tabularum* expresse tutelas testamentarias *confirmet*, hæc tutela (testamentaria) videtur deferri ex auctoritate ipsius legis : cui legi subsunt et prætor et consul. Cæterum possunt se excusare. *Inst. lib.* 1. *tit.* 25. *de excusat. tutor.* §. 3.

(2) In quo plus potest testator, quam magistratus municipalis. Ratio est quod tutela a magistratu delata, vim suam mutuatur ab auctoritate hujus magistratus; quam non habet nisi in suæ civitatis cives. Tutela autem testamentaria ex auctoritate ipsius legis defertur : ut diximus in not. praeced.

(3) Puta : *tutor esto filio meo, præterquam in tali fundo.*

(4) Quamvis enim regulariter tutor certæ rei non detur; tamen eo casu quo pupillus in diversis provinciis bona habet, quum vix posset idem tutor ea administrare, contra strictum jus pro utilitate pupillorum receptum est, ut non quidem singulis rebus, sed singulis diversarum provinciarum patrimoniis singuli tutores dari possint. Et quidem etiam hoc casu, magis dividi videtur administratio tutelæ quam ipsa tutela.

Principe que l'on voit reproduit ailleurs. « Si l'on a donné un fou pour tuteur, on sera censé avoir voulu dire qu'il le serait quand il aurait recouvré sa raison ».

XII. Nous avons vu quelles personnes ne pouvaient pas être données pour tuteurs par testament.

Mais toutes personnes, et même un préteur, un consul, peuvent être donnés pour tuteurs par testament, puisque la loi des douze Tables l'a ainsi voulu (1) ».

« On demande si un testateur peut ou ne peut pas donner par testament plusieurs tuteurs citoyens de la même ville. Paul a répondu qu'il le pouvait (2) ».

ARTICLE III.

Comment un tuteur doit être donné par testament, et si un tuteur donné par testament peut être révoqué.

§. I. *Comment un tuteur doit être donné par testament.*

XIII. Le tuteur donné par testament doit être donné à une personne; car « on ne peut pas donner par testament un tuteur à certaines choses ou à certaines causes, ni à l'exception de certaines choses (3) ».

« Si l'on a ainsi disposé, cette disposition sera nulle ».

« Parce qu'un tuteur se donne à une personne, et non à une chose ou une cause ».

« Si cependant on donne un tuteur pour les biens d'Afrique ou de Syrie, la disposition ne sera pas nulle (4); car tel est notre droit ».

---

(1) C'est-à-dire, puisque la loi des douze Tables confirme expressément les tutelles testamentaires, cette loi à laquelle le préteur et le consul sont eux-mêmes soumis, doit être censée confirmer la tutelle testamentaire que son autorité permet de leur déférer; mais ils peuvent s'en faire dispenser. Voyez *les institutes*, au titre qui traite *de l'excuse à proposer par les tuteurs*, §. 3.

(2) En quoi le testateur peut plus que le magistrat municipal; et la raison en est que la tutelle déférée par le magistrat, emprunte sa force de l'autorité qu'il n'a que sur ses concitoyens de la même ville, et que la tutelle testamentaire émane de la loi elle-même, comme nous l'avons dit dans la note précédente.

(3) En disant, par exemple : *que tel soit tuteur de mon fils, à l'exception de tel bien.*

(4) Parce que, bien que régulièrement le tuteur ne soit pas donné à certaine chose, cependant lorsque le pupille a des biens dans plusieurs provinces, comme le même tuteur pourrait difficilement les administrer tous, il a été reçu, contre la rigueur du droit et pour l'utilité du pupille, qu'on pourrait lui donner un tuteur, non pas pour chacun de ses biens, mais pour les biens de chacune des provinces où il en a; et alors ce n'est pas la tutelle qui est divisée, mais l'administration de la tutelle seulement.

XIV. Sic etiam dari debet tutor, ut certus sit qui datur, et certi sint quibus datur.

Enimvero, « tutor incertus dari non potest ». *l.* 20. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Similiter « tutor ita recte non datur : *Illi aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto.* Quid enim dicemus, si Titius constituere nolit utri ex filiis tutor esse velit »? *l.* 23. Afric. *lib.* 8. quæst.

Sed nec sufficit testatorem de certa persona sensisse, nisi constet de qua. Hinc Paulus in specie sequenti : « Duo sunt Titii; » pater et filius : datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensit » testator. Quæro quid sit juris »? Respondit : Is datus est, quem dare se testator sensit : si id non apparet, *non jus deficit, sed probatio.* Igitur neuter est tutor ». *l.* 30. Paul. *lib.* 6. quæst.

XV. Cæterum, nil refert ipso testamento an codicillis detur. Nam « testamento datos tutores accipere debemus, etiam eos qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Nil refert etiam jure novo, qua lingua adscribatur tutor.

Nam « tutores etiam Græcis verbis licet in testamentis relinquere : ut ita tutores dati videantur, ac si legitimis verbis eos testator dedisset ». *l.* 8. *cod.* 5. 28. *h. tit.* Theodos. et Valentin.

XVI. « Tutorem autem et a certo tempore dare, et usque ad certum tempus licet; et sub conditione, et usque ad conditionem ». *l.* 8. §. 2. Ulp. *lib.* 24. *ad Sab.*

Et quidem etiam « ita recte tutor dabitur : Titius, si *volet*, illi filio meo tutor esto ». *l.* 23. §. 1. African. *lib.* 8. quæst.

§. II. *Quomodo testator tutelam quam adscripsit, revocare possit et quando revocata intelligatur, nec ne?*

XVII. « Tutor datus vetari tutor esse potest, vel testamento vel codicillis ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 24. *ad Sab.*

Ex eo autem solo quod aliquis tutor codicillis detur, non præsumitur tutela adempta illi qui testamento scriptus fuit. Sic enim rescribit Antoninus : « Etsi a patre tuo testamento jure tibi tutor datus, eo tempore quo heres extitisti, in rebus humanis fuit, tamen codicillis alius tutor recte datus est, et uterque propter voluntatem testatoris tutor erit; nisi testamento datum pater, alium codicillis dando reprobaverit; tunc enim posterior solus tutor erit ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 28.

XIV. Un tuteur doit être aussi donné de manière qu'on ne puisse pas douter quel est ce tuteur ou à qui il est donné.

En effet, on ne peut pas donner un tuteur incertain.

« On ne peut pas régulièrement donner un tuteur, en disant : *Que Titius soit tuteur de tel ou tel de mes enfans, à son choix.* Qu'arriverait-il en effet, si Titius refusait de dire duquel il voudrait être tuteur » ?

Il ne suffit pas que le testateur ait eu une certaine personne en vue, s'il ne l'a pas d'ailleurs désignée d'une manière certaine. C'est pourquoi Paul dit, dans l'espèce suivante : « Il y a deux Titius, le père et le fils. Un Titius a été donné pour tuteur; mais rien n'annonce lequel des deux le testateur a eu en vue. On m'a demandé ce qu'il fallait en penser. J'ai répondu que le Titius qui devait être tuteur, était celui que le testateur avait eu en vue; mais que si rien ne l'indiquait, ce n'était pas le droit qui manquait, mais la preuve, et que ni l'un ni l'autre ne devaient être tuteurs».

XV. Au reste, il est indifférent qu'un tuteur ait été donné par un testament ou par un codicille; car « nous devons regarder comme tuteurs donnés par le testament, ceux qui le sont en vertu d'un codicille confirmé par le testament ».

Il est pareillement indifférent dans le droit nouveau, en quelle langue le testateur ait donné les tuteurs.

Car « il est même permis de donner des tuteurs par une formule grecque, et ils sont aussi légalement donnés que si le testateur eût employé la formule des lois ».

XVI. « Il est encore permis de donner un tuteur pour gérer depuis un terme prescrit et pendant un tems déterminé, sous une condition et jusqu'à l'événement d'un autre ».

Et même « on peut donner un tuteur en disant : *Que Titius, s'il y consent, soit tuteur de tel mon fils* ».

§. II. *Comment le testateur peut révoquer la tutelle qu'il a donnée, et quand il est ou n'est pas censé l'avoir révoquée.*

XVII. « Un tuteur donné peut être révoqué par un testament ou par un codicille ».

Mais de ce que un individu a été nommé tuteur par un codicille, il ne s'ensuit pas que la tutelle ait été ôtée à celui qui avait été donné par le testament; car Antonin dit dans un rescrit : « Bien que le tuteur que votre père vous avait donné légalement par son testament, n'avait point cessé de vivre quand vous êtes devenu héritier de votre père, il s'est cependant trouvé un codicille, par lequel il vous avait encore régulièrement donné un second tuteur. L'un et l'autre doivent continuer de l'être, à moins que votre père, par son codicille, n'ait révoqué celui qu'il vous avait donné par son tes-

Recte ergo Scævola consultus de testatore : « Quum codicillis ideo alios tutores dare significasset, quoniam testamento datos quosdam defunctos aut excusationem habere posse comperisset, an nihilominus qui eorum viverent, nec excusati essent, tutores permanerent ? Respondit nihil proponi cur non permanerent ». *l.* 34. Scævola, *lib.* 10. dig.

Articulus IV.

Quando deferatur testamentaria tutela, et quis sit hujus delatæ effectus ?

XVIII. Testamentaria tutela, si quidem pure relicta est, ex die aditæ hereditatis defertur.

« Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt. Si vero unus ex pluribus adierit, tutelæ statim valent, nec expectandum erit ut omnes hereditatem adeant ». *l.* 9. Pomp. *l.* 3. *ad Q. Mucium.*

Hoc ita, quum nulla dies aut conditio adjecta est, inestve dationi tutoris. « Sed si sub conditione fuerit tutor datus, deficiente conditione tutor non erit ». *l.* 8. §. 1. Ulpian. *lib.* 24. *ad Sab.*

Et quidem etiam illa conditio expectanda est, quæ natura inesset : V. G. si tutor datus sit posthumo ; infra, *lib.* 27. *tit.* 5. de eo qui pro tutore. *n. fin.*

XIX. Jam vero de effectu delatæ tutelæ testamentariæ, ita Paulus : « Tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur ; simul atque aliquis heres extitisset. Nam et ipse heres extitisset. Nam et ipse heres tutor dari potest ; et post mortem heredis tutor recte dari potest ». *l.* 7. Paul. *lib.* 3. *ad Sab.*

Articulus V.

De interpretatione scripturarum quæ tutoris dationem continent.

XX. « Si quis ita dederit, *filiis meis tutorem do* ; in ea conditione est, ut tam filiis quam filiabus dedisse videatur : *Filiorum* enim appellatione et filiæ continentur ». *l.* 16. Ulpian. *lib.* 39. *ad Sab.*

Hoc ita, quum simpliciter dixit *filiis.*

Verum « Servius ait, si ita scriptum sit : *filio filiisque meis hosce tutores do*, masculis duntaxat tutores datos : quoniam (a) singulari casu, hoc est, *filio*, ad pluralem videtur transisse, continentem eumdem sexum quem singularis (casus) prior positus ha-

tament; cas auquel vous n'auriez que le tuteur qu'il vous a donné par ce codicille ».

C'est donc avec raison que Scœvola, consulté par un testateur « sur la question de savoir si, ayant établi de nouveaux tuteurs par un codicille, parce que, de ceux qu'il avait donnés par son testament, il y en avait plusieurs qui étaient décédés et d'autres qui pouvaient prouver des dispenses, ceux qui n'étaient pas décédés, et ne proposeraient pas des dispenses, devaient rester tuteurs, répondit qu'il ne voyait rien dans l'espèce qui pût en empêcher ».

ARTICLE IV.

Quand la tutelle testamentaire est déférée, et quels sont les effets de cette tutelle déférée.

XVIII. Si la tutelle testamentaire a été donnée purement et simplement, elle est déférée du jour de l'adition d'hérédité.

« Si personne n'a accepté la succession, aucune des dispositions du testament ne peut avoir d'effet; mais si l'un des héritiers l'a acceptée, la tutelle est dès-lors déférée, sans qu'il soit besoin d'attendre que les autres l'aient acceptée ».

Il en est ainsi lorsque le tuteur a été donné sans terme ni condition; « mais si le tuteur a été donné sous condition, il ne le sera que dans le cas de l'accomplissement de la condition ».

Il faudrait même en attendre l'événement, quand ce serait une condition qui ne dépendrait que de la nature des choses; comme si, par exemple, il s'agissait d'un tuteur donné à un posthume, comme on le verra ci-après *au titre qui traite de celui qui gère pour et comme tuteur.*

XIX. Paul dit, par rapport à l'effet de la tutelle testamentaire déférée : « Les tuteurs procèdent immédiatement, non de l'héritier, mais du testateur, aussi-tôt qu'il a pu y avoir un héritier; car l'héritier peut être donné lui-même pour tuteur, et on peut régulièrement en donner un après sa mort ».

ARTICLE V.

De l'interprétation des actes par lesquels on peut donner un tuteur.

XX. « Si un individu a dit seulement, *je donne un tuteur à mes enfans*, il est censé avoir dit qu'il le donnait à ses enfans des deux sexes; car la dénomination d'*enfans* comprend le sexe féminin comme le sexe masculin ».

Il en est ainsi lorsqu'il a dit simplement *à mes fils.*

Mais « Servius dit que si le testateur a dit, *je donne tel tuteur filio filiisque meis*, il n'a donné des tuteurs qu'à ses enfans mâles, parce qu'il a passé du singulier au pluriel du même genre : mais c'est ici une question de fait et non de droit; car il peut bien se

buisset. Sed hoc facti, non juris habet quæstionem. Potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit : quod magis rationabile esse videtur ». *l.* 122. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Pomp. *lib.* 8. *ad Q. Mucium.*

XXI Diximus, regulariter filiorum appellatione filias contineri. « Quid si nepotes sint? An appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint, videndum ? Et magis est ut ipsis quoque dati videantur : si modo *liberos* dixit Cæterum si *filios*, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur ».

« Plane si *posthumis* dederit, tam filii posthumi quam cæteri liberi (1) continebuntur ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 39. *ad Sab.*

Circa posthumorum appellatione quæri etiam potest : « Si posthumis dederit tutores, hique vivo eo nascantur, an datio valeat (2)? Et magis est ut utilis datio fiat, etiamsi vivo eo nascantur ». *l.* 16. §. 5. Ulp. *lib.* 39. *ad Sab.*

XXII. Interdum etsi quis generali appellatione qua testator usus est, contineatur, tamen huic non videtur tutor datus, scilicet si testator de eo sentire non poterat.

V. G. « si quis, quum ignoraret se filium Titium habere, filiis tutores dederit, utrum his solis dedisse videatur quos in potestate scit, an ei quoque quem ignoravit se habere? Et magis est ut huic dedisse non videatur, licet nomen filiorum admittat et ipsum : sed quia de ipso non sensisset, dicendum est cessare in personam ejus dationem ». *d. l.* 16. §. 3.

« Proinde et si certus fuit filium decessisse, qui superat, idem erit dicendum. Nec enim videtur ei dedisse, quem obisse credebat ». *d. l.* 16. §. 4.

Nil vetat autem testatorem sensisse videri et de captivis et de nascituris.

Igitur, « si quis liberis tutores dederit, vel filiis, et habeat quosdam apud hostes, etiam ipsis dedisse videbitur, si non aliud aperte probetur testatorem sensisse ». *d. l.* 16. §. 2.

---

(1) *Posthumi*, id est et nepotes et pronepotes posthumi.

(2) Ratio dubitandi, quia proprie posthumus non est nisi qui post mortem nascitur. Verum largiori significatione, et qui post testamentum (licet vivo testatore) nascuntur, continentur.

faire qu'en donnant un tuteur, il ait eu son fils en vue au singulier, et tout ses autres enfans au pluriel, c'est même ce qui est le plus raisonnable à penser ».

XXI. Nous avons dit qu'en règle générale la dénomination d'*enfans* contenait aussi les filles. « Mais s'il y a même des petits-enfans, seront-ils compris dans cette dénomination? et le tuteur leur sera-t-il aussi donné? Le mieux est de dire qu'il leur sera pareillement donné, surtout si le testateur a dit *liberis* : mais il en sera autrement s'il a dit *filiis* ; car le mot *filii* ne comprend pas *nepotes*, les petites-filles ».

« Si le tuteur est donné aux posthumes, il aura été donné aux petits-fils et autres descendans, comme aux fils (1) ».

On peut également demander, par rapport à la dénomination de *posthume*, « si le testateur aura régulièrement donné (2) des tuteurs à ses posthumes, dans le cas où ceux qu'il avait en vue naîtraient de son vivant; mais le mieux est de dire qu'il le leur aura régulièrement donné ».

XXII. Quelquefois, « encore qu'un individu soit contenu dans la dénomination générale dont le testateur s'est servi, il n'est pas compris dans le nombre de ceux à qui le tuteur a été donné, parce que le testateur ne pouvait pas avoir l'intention de l'y comprendre.

Par exemple, « si un individu ignorant que Titius fût son fils, a donné un tuteur à ses enfans, ne sera-t-il censé l'avoir donné qu'à ceux de ses fils qu'il savait avoir sous sa puissance? ou l'aura-t-il donné aussi à celui qu'il ne savait pas y avoir? Le mieux est de dire qu'il ne l'a pas donné à ce dernier, bien que la dénomition de *fils* le comprenne, parce que n'en ayant pas d'idée, il n'a pas pu avoir l'intention de lui donner un tuteur ».

« Il faut dire la même chose du fils que le testateur croyait certainement décédé; car il ne peut pas être censé avoir voulu donner un tuteur à un fils qu'il croyait ne plus avoir ».

Mais rien n'empêche qu'un testateur n'ait l'intention de donner des tuteurs à ceux de ses enfans qui sont en captivité, et à ceux qui peuvent encore naître.

Or donc, « si un individu a donné des tuteurs à ses enfans ou à ses fils, et qu'il en ait quelques-uns au pouvoir de l'ennemi, il sera censé les avoir donnés à ces derniers comme aux autres,

(1) C'est-à-dire, aux petits-fils et arrière-petits-fils, comme aux posthumes.

(2) La raison de douter était qu'on appelle proprement *posthumes* les enfans qui naissent après la mort de leur père; mais ce mot, dans un sens plus étendu, s'entend aussi de ceux qui naissent après le testament, bien que leur père soit encore vivant.

Item « si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ videtur dedisse; quia *filiæ* appellatione etiam posthuma continetur ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 15. *ad Sab.*

XXIII. Hic quæri potest an generali appellationi liberorum aut filiorum, æquipolleat appellatio indefinita?

Puta « si quis filio tutorem dederit, et plus filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? Et de hoc Pomponius dubitat. Magis autem est ut omnibus dedisse videatur ». *sup. d. l.* 16. §. 1.

XXIV. Pertinet etiam ad interpretationem voluntatis ejus qui tutore liberis adscripsit, sequens quæstio. « Tutoribus ita datis: *Lucium-Titium tutorem do; si is non vivit, tum Gaium-Plautium tutorem do*: Titius vixerat, et tutelam gesserat, deinde mortuus erat. Trebatius negat ad Plautium pertinere tutelam; Labeo contra: Proculus, quod Labeo. Ego Trebatii sententiam probo, quia illa verba ad mortis tempus referuntur ». *l.* 33. Javol. *lib.* 28. *ex poster. Labeo.*

Item pertinet et quod ait Ulpianus: « In tutelis testamentariis id sequimur quod novissimum est; et, si sæpius tutor datus sit (1), novissimam scripturam intuemur ». *l.* 10. §. 1. Ulpian. *lib.* 36. *ad Sab.*

Quocirca vide regulam de interpretatione scripturarum invicem pugnantium: infra ad tit. *de legatis, n.* 201.

TITULUS III.

De confirmando tutore vel curatore.

I. Ινα μη δε, etc. (id est) « ut ne de confirmandis tutoribus relinquamus indiscussum, pauca et de his scrutemur ». *l.* 1. Modest. *lib.* 6. *excusat.*

Evidens est hujus tituli cum superiore connexio. Pertinet quippe ad tutores qui testamento dati sunt; sed quia aut non jure dati sunt, aut ambigitur an jure dati fuerint, a magistratu confirmandi sunt.

(1) Puta si quis tutor pure in aliqua testamenti parte, idem sub conditione in altera parte datus sit.

s'il n'est pas rigoureusement prouvé qu'il ait eu une intention contraire ».

Et « si un individu a donné des tuteurs à ses filles ou à ses fils, il sera censé les avoir donnés également à sa fille posthume, parce qu'elle est comprise dans la dénomination de *filles* ».

XXIII. On peut encore ici demander si une dénomination indéfinie équivaut à cet égard à la dénomination générale de *fils* ou d'*enfans*.

Par exemple, « si un individu a donné un tuteur à son fils, et qu'il en ait plusieurs, est-il censé l'avoir donné à tous? Pomponius en doute. Mais le mieux est de dire qu'il est censé l'avoir donné à tous ».

XXIV. La question suivante appartient aussi à l'interprétation de la volonté de celui qui a donné des tuteurs à ses enfans par testament. « Un testateur avait dit : *Je donne pour tuteur Lucius-Titius, et après sa mort Gaius-Plautius.* Titius avait vécu et géré la tutelle quand il est décédé. Trebatius prétendait que Plautius ne devait pas la gérer après lui. Labéon pensait le contraire, et Proculus pensait comme Labéon. Pour moi, j'adopte le sentiment de Trebatius, parce que les expressions du testateur se rapportent au tems de sa mort ».

Ce que dit Ulpien appartient pareillement à cette matière, « que par rapport aux tutelles testamentaires, il faut suivre les dernières dispositions qui y sont relatives; et que si le testateur a donné un tuteur de plusieurs manieres (1), c'est à la dernière qu'il faut s'en tenir ».

Voyez à cet égard la règle sur l'interprétation des écritures qui se contrarient ci-après, au titre *des legs*.

TITRE III.

De la confirmation du tuteur et du curateur.

I. « Il reste encore quelque chose à dire ici, pour ne rien laisser à désirer sur la confirmation des tuteurs ».

Ce titre a une connexité évidente avec le précédent, comme se rapportant aux tuteurs donnés par testament; mais parce que ces mêmes tuteurs ne sont pas régulièrement donnés, ou qu'il y a doute à cet égard, ils doivent être confirmés par le magistrat.

(1) Par exemple, si le testateur a donné le tuteur purement et simplement dans une partie du testament, et sous condition dans une autre.

Articulus I.

De confirmando eo tutore qui inutiliter datus est.

§. I. *Quando confirmetur tutor aut curator inutiliter datus?*

II. Εισι τινες, etc. (id est) « sunt quidam dati recte tutores secundum testamenta, id est, et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet. Pater enim filiis vel nepotibus quos habet in potestate, recte dat tutorem, sed in testamento. Si autem fuerit persona talis quæ non potest dare, velut mater, aut patronus, aut extraneus quis; aut persona cui non potest dari, velut si pater filio non existenti in potestate, aut filiæ (1) dederit, aut si dixerit, *precor te curam habere rerum* (2); aut in codicillis non confirmatis dederit tutorem aut curatorem (3) : tunc quod deficit, repleri a consulari potestate constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores ». *d. l.* 1. §. 1.

Similiter Alexander rescribit : « Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento, tutorem recte dari indubitati juris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus vel curatoribus in hujusmodi casibus, a judice, ad cujus officium hæc res pertinet, servari solet. Secundum quæ, vereri non debes ne tempus antequam confirmareris, tibi cesserit ». *l.* 2. *cod.* 5. 29. *h. t.*

III. Observandum, ita demum confirmari tutorem quem dederit mater cæteræque personæ quæ jus dandi tutoris non habent, si pupillus fuerit ab ipsis institutus.

Hinc Modestinus : « Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare potest : mater autem nonnisi instituto, quasi in rem (4) potius quam in personam tutorem dare videatur ». *l.* 4. *ff.* 26. 2. *de test. tut. lib.* 7. *differ.*

Similiter Alexander rescribit : « Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes [non (5)] instituerit, solet ex voluntate defunctæ datus tutor a præsidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si

(1) Quæ pariter non sit in potestate.

(2) Quæ datio non valet : ut vidimus tit. præced. *n.* 13.

(3) Pater nec tutorem codicillis testamento *non confirmatus* dare potest, nec etiam *confirmatus* curatorem.

(4) Id est, quasi magis bonis quæ ei reliquit, quam personæ quæ ipsius juri subjecta non est, dare videatur.

(5) Hæc negatio expungenda est, ut recte monet Cujacius.

ARTICLE I.

De la confirmation du tuteur, qui a été irrégulièrement donné.

§. I. *Quand un tuteur ou un curateur irrégulièrement donnés, sont confirmés.*

II. « Il y a des tuteurs qui sont régulièrement donnés suivant le testament, c'est-à-dire, par celui qui avait le droit de les donner de cette manière, et dans les formes prescrites; car un père donne régulièrement un tuteur à ses enfans ou petits-enfans qui sont sous sa puissance, mais par son testament. Si c'était une des personnes qui ne peuvent pas donner des tuteurs, comme la mère, le patron ou un étranger; ou qui ne peuvent pas en avoir, comme si le père avait donné ce tuteur à un fils ou une fille (1) qui ne fût pas sous sa puissance; s'il avait dit : *Je vous prie d'avoir soin des affaires de mon fils* (2); s'il avait donné ce tuteur ou un curateur (3) dans un codicille non confirmé par testament, les constitutions permettent à l'autorité consulaire de réparer ces irrégularités, et de confirmer les tuteurs suivant l'intention de celui qui les a nommés ».

Alexandre dit également : « Il est hors de doute en droit qu'on ne peut pas donner régulièrement un tuteur par une lettre ou par un testament imparfait; mais le juge compétent pour cette matière a coutume de se conformer à la volonté du père par rapport aux tuteurs et curateurs qu'il a donnés. Ainsi vous ne devez pas craindre que le délai de votre confirmation vous empêche de l'obtenir ».

III. Il faut observer que le tuteur donné par la mère ou autre personne n'ayant pas le droit d'en donner, n'est confirmé qu'autant que ceux qui l'ont nommé ont institué le pupille leur héritier.

C'est pourquoi Modestinus dit : « Un père peut donner des tuteurs à son fils, soit qu'il l'ait institué héritier ou déshérité; mais la mère ne peut lui en donner qu'autant qu'elle l'a institué son héritier, parce qu'autrement elle est censée donner plutôt ce tuteur à ses biens qu'à sa personne (4) ».

Alexandre dit pareillement dans un rescrit : « Une mère ne peut pas donner des tuteurs à ses enfans, à moins qu'elle ne les ait institués ses héritiers; mais quand elle les a institués ses héritiers (5), le président a coutume de confirmer le tuteur qu'elle leur

---

(1) Qui n'est pas non plus sous sa puissance.

(2) Ce qui est irrégulier, comme on l'a vu dans le titre précédent, *n.* 13.

(3) Un père ne peut pas donner un tuteur par un codicille non-confirmé par son testament, ni un curateur par un codicille confirmé par son testament.

(4) C'est-à-dire, parce qu'elle est censée le donner plutôt aux biens qu'elle lui laisse, qu'à sa personne qui n'est pas sous sa puissance.

(5) Il faut effacer cette négation, comme l'observe judicieusement Cujas.

res pupillares, qui dati sunt, administraverint, pro tutelæ actione tenentur ». *l.* 4. *cod.* 5. 28. *de test. tut.*

Quod de matre diximus, dic pariter de patre naturali. Nam « naturali filio (cui nihil relictum est) tutor frustra datur, nec sine inquisitione confirmatur ». *l.* 7. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

Quod si pater naturalis aliquid filio reliquerit, eique tutorem dederit, tenetur magistratus, ex constitutione Justiniani, eum tutorem confirmare. Ita enim Justinianus : « Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus, eorum in his rebus quas quocumque modo eis dederint vel reliquerint (scilicet intra præfinitum nostris legibus modum) (1) *lib.* 24. *t.* 1. *de donat. int. vir. et ux. n.* 7, et tutorem eis relinquere, qui debet apud competentem judicem confirmari, et ita res gerere pupillares ». *l.* 4. *cod. h. tit.* 5. 29.

Idem dic de patrono. Nam « si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non male dicitur judicium ejus sequendum esse; qui et personam ejus quem et tutorem esse voluerit, noverit; et impuberem ita dilexit, ut eum heredem instituere ». *l.* 4. Paul. *lib. sing. de excus. tut.*

IV. Illud observandum quod, a quovis tutor non jure datus sit, ita demum potest confirmari tutor, si non jam alium prætor dederit. Sed potest dato adjungi ut curator.

Hinc Alexander : « Si (ut proponis) pupillo cujus meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit, et priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cujus interest, dati sunt, id quidem quod jure gestum est revocari non potest. An autem qui judicium patris habent, curatores (2) eidem pupillo constitui debeant, aditus competens judex perspectis utilitatibus ejus æstimabit ». *l.* 3. *cod. h. tit.* 5. 29.

§. II. *Quæ observentur in confirmando tutore ?*

V. Interest an tutor qui inutiliter datus est, a patre datus fuerit, an ab alio.

Και εαν, etc. (id est) « et, siquidem pater fuerit qui dederit tu-

(1) Hoc a Triboniano additum videtur, referrique ad *l.* 2. *cod.* 5. 27. *de natural. lib. quæ* Arcadii et Honorii est (supra, *lib.* 24. *tit.* 1. *de donat. int. vir. et uxor. n.* 7.) Justinianus ergo *suas leges* hic appellat, quas codici suo inseruit, licet ab aliis imperatoribus promulgatas.

(2) Possunt adjungi tutoribus datis tanquam curatores duntaxat. Nam *jam tutorem habenti non datur tutor.*

a donné. Si cependant rien de tout cela n'a été fait, et que le tuteur qu'elle a donné ait administré les biens, il sera soumis à l'action de la tutelle ».

Ce que nous avons dit de la mère, s'entend également du père naturel; car « il est inutile de donner un tuteur à un fils naturel quand on ne lui laisse aucun bien, et ce tuteur n'est confirmé qu'avec connaissance de cause ».

Mais si le père naturel a laissé quelque chose à son fils en lui donnant un tuteur, le magistrat est tenu de confirmer ce tuteur, d'après la constitution de Justinien, où il dit : « Voulant pourvoir au sort des enfans naturels, nous permettons à leurs pères qui leur auront laissé ou donné des biens de quelque manière que ce soit, dans la proportion prescrite par nos lois (1), au titre *des donations entre femme et mari*, *n.* 7, de leur donner un tuteur qui cependant devra être confirmé par le juge compétent, pour être autorisé à administrer leurs biens ».

Il en est même du patron; car « si un patron ou tout autre étranger, a donné un tuteur à un impubère qu'il avait institué son héritier, et que cet impubère n'ait pas d'autres biens, on aura raison de dire qu'il faut respecter l'intention de celui qui a assez aimé cet impubère pour le faire son héritier, et juger qu'il a bien connu celui qu'il lui donnait pour tuteur ».

IV. Il faut observer que, par qui que ce soit qu'un tuteur ait été irrégulièrement donné, il ne peut être confirmé qu'autant que le préteur n'en a pas donné un autre; mais qu'il peut être adjoint comme curateur à celui que le préteur aurait donné.

C'est pourquoi Alexandre dit : « Si, comme vous le prétendez, le père du pupille dont il s'agit lui a donné irrégulièrement des tuteurs, et qu'avant leur confirmation ceux qui y avaient intérêt lui en aient donné d'autres, ce qui a été régulièrement fait ne pourra pas être révoqué ; mais le juge compétent à qui l'on s'adressera décidera, d'après l'utilité du pupille, s'il doit adjoindre comme curateurs (2) les tuteurs donnés par le père à ceux qui leur auront été légalement substitués ».

§. II. *Des choses à observer pour confirmer un tuteur.*

V. Il faut observer si le tuteur irrégulièrement donné, a été donné par le père ou par un autre.

« Si c'est par le père que le tuteur a été donné irrégulièrement,

---

(1) Ceci paraît avoir été ajouté par Tribonien, et se rapporter à la *l.* 2. *cod. sur les enfans naturels*, qui est d'Arcade et d'Honorius, comme on l'a vu ci-dessus, *liv.* 24, au titre qui traite *des donations entre femme et mari*, *n.* 7. Justinien appelle donc ici ses lois, celles qu'il a insérées dans son code, quoique promulguées par d'autres Empereurs.

(2) Ils peuvent être adjoints aux tuteurs donnés, mais seulement comme curateurs, parce qu'on ne donne pas un tuteur à celui qui en a déjà un.

torem, amplius nihil (ut plurimum) inquirit (1) qui præest; sed simpliciter eum confirmat. Si autem alius quis dederit, tunc inquirit personam, si apta sit ». *l.* 1. §. 2. Modest. *lib.* 6. *excusat.*

Similiter Papinianus : « Si filio puberi (2) pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit (3), citra inquisitionem prætor eos confirmare debebit ». *l.* 6. *lib.* 5. *resp.*

VI. Quod diximus, quum tutor a patre scriptus est nihil inquiri, aliquam limitationem patitur. Saltem enim « in confirmando tutore, hoc prætor inquirere debet, an duraverit patris voluntas. Quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non jure, vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos : ut spatio medio potuerit facultatium dati non jure tutorisa patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emerserit improbitas, aut inimicitiæ cum patre exarserint ». *l.* 8. Tryph. *lib.* 14. *disp.*

« Vel cum fisco aliquem contractum damnosum miscuisset ». *l.* 9. Paul. *lib. sing. de cognit.*

« Utilitatem pupillorum prætor sequitur, non scripturam testamenti vel codicillorum ».

« Nam patris voluntatem prætor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum quæ ipse prætor de tutore comperta habet ».

« Quid denique si postea de eo quem pater testamento codicillisve non jure dedit, scripsit tutorem esse nolle? Nempe non sequetur primam voluntatem prætor, a qua pater discessit ». *l.* 10. Tryph. *lib.* 14. *disp.*

VII. Hactenus de tutore aut curatore quem pater non jure dedit. Is autem quem mater dedit, ex inquisitione confirmatur.

Unde Modestinus : « Sed et inquiri in eum qui matris testamento datus est tutor, oportebit : quum a patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmetur ; nisi si causa propter quam datus videbatur, in eo mutata sit : veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit ». *l.* 4. §. 1. *ff.* 26. 2. *de test. tut. lib.* 7. *differ.*

---

(1) De pietate enim patris præsumitur, ipsum omnem curam adhibuisse in inquirendo de eo quem filiis suis tutorem dare voluit.

(2) Adeoque non jure ; solis enim impuberibus testamento dare tutores lex XII Tab. permisit.

(3) Lex XII Tab. permisit dare tutores, non curatores. Russardus inverse legit *si filio impuberi pater tutorem aut puberi curatorem*, *etc.* Servanda videtur lectio Florentina, cujus sensus est puberi tutorem datum confirmandum esse ut sit curator ; et vice versa, impuberi curatorem datum confirmari, ut sit tutor.

le président n'examine presque jamais rien de plus (1), et le confirme purement et simplement; mais si c'est par un autre, il examine si la personne du tuteur donné est digne d'être confirmée ».

Papinien dit également : « Si un père a donné un tuteur à son fils pubère (2) ou un curateur à son fils impubère (3), le préteur les confirmera sans examen ».

VI. Ce que nous avons dit, que quand le tuteur avait été nommé par le père, il était confirmé sans examen, souffre néanmoins quelque restriction; car du moins, « en confirmant ce tuteur, le préteur doit examiner si le père qui l'a donné n'a point changé d'intention à cet égard; ce qu'il est facile de juger, si c'est à l'instant de la mort qu'il a irrégulièrement donné des tuteurs ou des curateurs à ses enfans; car si c'était plusieurs années auparavant, il faudrait examiner si leur responsabilité n'avait point diminué si leur conduite ne se serait pas démentie, ou s'il ne serait pas survenu quelque cause d'inimitié entre eux et le testateur ».

« Ou bien s'il n'aurait pas fait quelque traité onéreux avec le fisc ».

« Car le préteur se conforme à l'utilité des pupilles, et non à la lettre du testament et du codicille ».

« Parce qu'en suivant l'intention du père, il suppose que le père a su ce qu'il sait lui-même par rapport au tuteur donné ».

« Que faut-il dire enfin si le père, après avoir donné un individu irrégulièrement pour tuteur, soit par testament ou par codicille, l'a révoqué ensuite par un second codicille? Il faut dire que le préteur ne suivra pas la première intention du père que celui-ci aura rétractée ».

VII. Jusqu'ici nous avons parlé du tuteur et du curateur irrégulièrement donnés par le père; mais ceux qu'à donnés la mère ne doivent être confirmés qu'avec connaissance de cause.

C'est pourquoi Modestinus a dit : « Il faudra faire des informations sur le tuteur qu'aura donné la mère par testament, encore que l'on doive confirmer sans examen celui qui a été donné, même irrégulièrement, par le père, à moins que la cause pour laquelle il était censé avoir été donné, n'ait changé; par exemple, si de riche il était devenu pauvre, ou si d'ami du testateur il en était devenu l'ennemi ».

---

(1) Parce qu'on présume de la tendresse du père, qu'il aura donné tous ses soins à bien connaître celui qu'il voulait donner pour tuteur à ses enfans.

(2) Et par conséquent irrégulièrement, puisque la loi des douze Tables ne permet de donner des tuteurs par testament qu'aux impubères.

(3) La loi des douze Tables permet de donner des tuteurs, et non des curateurs. Russard lit inversement, *si filio impuberi pater tutorem aut puberi curatorem, etc.* Il paraît qu'on doit conserver la leçon florentine, dont le sens est qu'il faut confirmer le tuteur donné au pubère comme curateur, et réciproquement le curateur donné à l'impubère comme tuteur.

Idem docet Neratius : « Mulier liberis non recte testamento tutorem dat. Sed si dederit, decreto prætoris vel proconsulis ex inquisitione (1) confirmabitur : nec satisdabit (2) pupillo rem salvam fore ». *l.* 2. *lib.* 3. *reg.*

« Sed et si curator a matre testamento datus sit filius ejus, decreto confirmabitur ex inquisitione ». *d. l.* 2. §. 1.

Item Alexander rescribit : « Testamento matris tutores dati excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctæ, et quidem inquisitione habita, dati fuerint ». *l.* 1. *cod. h. tit.* 5. 29.

VIII. Quod de matre diximus, idem dic de quovis alio præter justum patrem.

Hinc « impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit; sed voluntatem ejus, si fides inquisitionis congruat, prætor sequetur ». *l.* 28. §. 2. *ff.* 26. 2. *de test. tut.* Papin. *lib.* 4. *resp.*

IX. Observandum superest quod « in dando tutore ex inquisitione, et in eum inquiritur qui senator est : et ita Severus rescripsit ». *l.* 18. *ff.* 26. 5. *de tutor. et curat. dat.* Ulp. *lib.* 41. *ad ed.*

§. III. *Ad quam tutelæ speciem pertineat tutor qui testamento inutiliter datus confirmatur?*

X. Tutor qui testamento inutiliter datus confirmatur, dativus tutor est, non testamentarius : « Sed eos demum testamento datos accipere nos oportet, qui jure dati sunt ». *l.* 3. §. 1. *ff.* 26. 2. *de test. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

ARTICULUS II.

De confirmando eo tutore de quo ambigitur an utiliter datus sit.

XI. Quum ambiguitur an tutor utiliter datus sit, quia de viribus testamenti in quo datus est disputatur, confirmandus etiam est. V. G. « propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exheredato filio, cui tutorem pater jure dedit, eumdem a prætore confirmari oportet. Eventus judicatæ rei declarabit utrum ex testamento

(1) Non quia minus præsumatur de pietate matris quam patris ; sed quia æstimare an quis ad tutelam sit idoneus, virilis animi est ; ut dicitur in l. 4. §. 4. *ff.* 26. 6. *qui pet. tut.*

(2) Hoc commune est omnibus qui ex inquisitione dantur : ut videb. infra, *lib.* 26. *tit.* 7. *de admin. tut.*

Nératius enseigne la même chose. « Une femme, dit-il, ne peut pas donner régulièrement un tuteur par testament; mais si elle l'a donné, le préteur ou le proconsul le confirmeront avec connaissance de cause (1), sans exiger de lui caution (2) pour la conservation des biens du pupille ».

« Et même si une mère a donné par testament un curateur à ses enfans, il sera aussi confirmé en connaissance de cause ».

Et Alexandre l'énonce ainsi dans un rescrit : « Les tuteurs donnés par le testament de la mère n'ont pas besoin d'être dispensés de la tutelle, à moins qu'ils n'aient été confirmés par décret après la mort de la testatrice ».

VIII. Ce que nous avons dit de la mère s'entend de tout autre, excepté le père légitime.

C'est pourquoi, « un patron ne peut pas régulièrement donner un tuteur à son affranchi impubère; mais le préteur suivra son intention, si le résultat de ses perquisitions ne donne pas lieu de s'y opposer ».

IX. Il nous reste encore à observer que « cet examen à faire par rapport au tuteur à donner en connaissance de cause, a lieu même par rapport à un sénateur, suivant un rescrit de Sevère ».

§. III. *A quelle espèce du tutelle se rattache le tuteur confirmé, quoique irrégulièrement donné par le testament.*

X. Le tuteur confirmé, quoique irrégulièrement donné par le testament, se rattache à la tutelle dative, et non à la tutelle testamentaire; car « il ne faut entendre par tuteurs testamentaires que ceux qui ont été donnés régulièrement par testament ».

ARTICLE II.

De la confirmation du tuteur dont on doute qu'il ait été régulièrement donné.

XI. Lorsqu'on doute qu'un tuteur ait été régulièrement donné, parce qu'il y a contestation sur la validité du testament en vertu duquel il a été donné, il faut encore le confirmer. Par exemple, « il faut que le préteur confirme le tuteur légalement donné par le père à son fils déshérité, pour établir la contestation sur l'inofficiosité du testament entre lui et ce fils déshérité. L'événement

(1) Non pas parce qu'on présume moins de la tendresse de la mère que de celle du père, mais parce qu'il faut plus de présence d'esprit qu'on n'en suppose à une femme, pour juger si un individu est capable de gérer une tutelle, comme le dit la *l.* 4. §. 4. *ff. sur ceux qui peuvent demander des tuteurs.*

(2) Cela est commun à tous ceux qui sont donnés après examen, comme on le verra au titre *de l'administration des tuteurs.*

patris, an ex decreto prætoris auctoritatem acceperit (1) ». *l.* 26. §. 2. *ff.* 26. 2. *de test. tut.* Papin. *lib.* 4. *resp.*

« Idem fiet in testamentum decessisse patrem pupilli nomine defendatur, falsumve testamentum nomine pupilli dicatur : etsi patruus extet, legitimus tutor futurus ab intestato; quia *tutorem habenti*, *tutor dari non potest.* Nam commodius ipse qui scriptura continetur, a prætore dabitur, ut sine ullo litis præjudicio (2) justus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat ». *l.* 27. *ff. d. tit.* Tryph. *lib.* 14. *disp.*

Similiter, « si pater exheredatæ filiæ tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato posthumo, commodissimum est eosdem tutores pupillæ dari ad petendam intestati hereditatem ». *l.* 31. *ff. d. t.* Scæv. *lib.* 4. *quæst.*

XII. Jure Novellarum, jam non est opus hac confirmatione quum testamentum pronunciatur inofficiosum, quum sola eo casu institutio corruat.

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

A tutoribus qui testamento dantur, transitus fit in hoc titulo ad secundam tutelæ speciem, scilicet legitimorum; de qua videndum : 1°. qui sint legitimi tutores ; 2°. quando huic tutelæ locus sit ; 3°. quoties deferri possit.

ARTICULUS I.

Qui sint legitimi tutores ?

I. « Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim Tabularum fecit tutores ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege XII Tabularum introducuntur ». Ulp. *frag. tit.* 11. §. 3.

Generaliter enim « legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt ». *d.* §. 3.

---

(1) Si enim rescindatur testamentum ut inofficiosum, quum resciso testamento omnia quæ in eo continentur corruant, tutela testamentaria corruet; adeoque hic tutor ex decreto prætoris suam auctoritatem accepisse videbitur.

(2) Legitimæ tutelæ locus esse non potest, quandiu potest esse locus testamentariæ. Igitur quandiu de viribus testamenti ambigitur, non debent admitti legitimi tutores. Fieret enim præjudicium juri testamenti de quo lis est. Nullum autem fiet præjudicium liti, si is qui in hoc testamento scriptus est, non ex testamento, sed ex magistratus confirmatione ad tutelam admittatur.

de la chose jugée décidera s'il a eté donné par le testament du père ou par le décret du préteur (1) ».

« Il en sera de même si l'on prétend, au nom du pupille, que le père est mort *intestat*, ou qu'on attaque le testament comme faux, au nom de ce même pupille, du vivant du beau-père qui doit être tuteur légitime *ab intestat*, parce qu'on ne donne pas un tuteur à celui qui en a dejà un, et qu'il est plus commode de faire maintenir par le préteur celui qui est donné par le testament, pour que le pupille soit autorisé par un tuteur légal dans la défense sur cette contestation (2), sans cependant préjuger cette même contestation ».

De même encore, « si un père a donné des tuteurs à sa fille déshéritée, et que son testament soit attaqué à cause de la naissance d'un posthume, le plus expédient sera de lui donner les mêmes tuteurs pour demander la succession *ab intestat* ».

XII. Par le droit des Novelles, on n'a plus besoin de recourir à cette confirmation lorsque le testament est déclaré inofficieux, puisque, dans ce cas, l'institution d'héritier est seule annullée.

TITRE IV.

Des tuteurs légitimes.

Des tuteurs donnés par testament, on passe dans ce titre à une seconde espèce de tutelle, c'est-à-dire, à celle des tuteurs légitimes, sur laquelle nous examinerons, 1°. ce qu'on entend par tuteurs légitimes; 2°. quand il y a lieu à la tutelle légitime; 3°. combien de fois elle peut être déférée.

Article I.

Quels sont les tuteurs légitimes.

I. « Personne ne donne les tuteurs légitimes; c'est la loi des douze Tables qui les constitue tels ».

« On appelle *légitimes par excellence*, ceux que la loi des douze Tables a introduits ».

Car, en général, « les tuteurs légitimes sont ceux qui tirent leur origine de quelque loi ».

---

(1) Parce que si on rescinde le testament pour cause d'inofficiosité, comme la rescision du testament emporte celle de tout ce qu'il contient, elle emporte aussi celle de la tutelle testamentaire, et par conséquent le tuteur donné tiendra son autorité du décret du préteur.

(2) Il ne peut pas y avoir lieu à la tutelle légitime tant qu'il peut y avoir lieu à la tutelle testamentaire. Ainsi tant qu'il y aura du doute sur la validité du testament, on ne peut pas admettre des tuteurs légitimes. On préjugerait la validité du testament qui est l'objet du litige; au lieu qu'on ne la préjuge pas en admettant le tuteur donné par testament, seulement comme confirmé par le magistrat.

Huc pertinent agnati, patronus, patronique liberi, parens manumissor, ejusque liberi : de quibus singulis agemus. Quæremus 4°. quid in his personis requiratur ut possint esse legitimi tutores; 5°. an etiam cognatis deferatur tutela; denique videbimus de nova tutelæ legitimæ specie quæ, ex constitutione Valentiniani et Theodosii, matri defertur.

§. I. *De agnatis.*

II. « Legitimæ tutelæ, lege XII Tabularum, adgnatis delatæ sunt et consanguineis (1) ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 14. *ad Sab.*

Verba legis sunt : « *Ast si intestato moritur cui suus heres impubes escit, agnatus proximus tutelam nanciscitor* ».

« Sunt autem adgnati qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, quasi a patre cognati : veluti frater eodem patre natus (2), fratris filius neposve ex eo ; item patruus, et patrui filius, neposve ex eo ». *l.* 7. Gaius, *lib.* 1. inst.

Adde, quandiu non sunt capiti minuti. Hinc Diocl. et Maxim. : « Ad adgnatos pupilli jure legitimo sollicitudinem tutelæ pertinere, nisi capitis deminutionem sustinuerint, manifestissimum ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 30.

III. Agnatis tutela defertur qui proximi sunt. Porro « *proximi* appellatione, etiam ille continetur qui solus est ». *l.* 155. *ff.* 50. 16. *de verb. sign.* Licinnius-Rufinus, *lib.* 7. reg.

Quod « si plures sunt agnati, proximus tutelam nanciscitur; et, si eodem gradu plures sunt, omnes tutelam nanciscuntur ». *l.* 9. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. prov.*

Igitur « si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio, constat utrosque esse tutores (3), si perfectæ ætatis sint (4) : quia eodem gradu sunt ». *l.* 8. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Proximos autem adgnatos accipimus, non solum quos nullos omnino agnatus, sed et quos nullus hujus muneris capax antecedit.

V. G. « agnato propior fœmina, quominus sit impuberis agnati tutor, non objicitur. Ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor; nec amita patruo magno,

(1) Consanguinei dicuntur fratres ex eodem patre.

(2) Qui speciali nomine dicitur *consanguineus.*

(3) Frater meus, est patruus hujus impuberis ; nepos meus, illi est fratre nepos ; uterque illum tertio agnationis gradu contingit.

(4) Hæc verba *si perfectæ ætatis sint*, videntur adjecta a Tribonianus propter decisionem legis 5. *cod. h. t.* qua nemo legitimus tutor est ante annum ætatis 25.

De ce nombre sont les agnats, les patrons et leurs enfans, le père qui a affranchi et ses enfans. Nous parlerons de chacun d'eux séparément; puis nous examinerons, en quatrième lieu, ce qui est requis pour qu'ils soient tuteurs légitimes; en cinquième lieu, si la tutelle est pareillement dévolue aux agnats : enfin, nous traiterons de la nouvelle espèce de tutelle légitime, déférée à la mère par la constitution de Valentinien et de Théodose.

§. I. *Des agnats.*

II. « Les tutelles légitimes ont été déférées par la loi des douze Tables aux agnats et aux frères consanguins (1) ».

Voici les termes de la loi : « *Si celui qui a un héritier sien impubère meurt sans avoir testé, que son plus proche parent soit tuteur* ».

« Or, les agnats sont ceux qui sont parens par ascendans du sexe masculin, comme qui dirait co-nés ou coi-ssus d'un même père (2). Tels sont deux frères du même père, le fils du frère ou son petit-fils, l'oncle paternel et son petit-fils ».

Ajoutez : *Tant qu'ils n'ont pas changé d'état.* C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Il est très-certain que la tutelle du pupille est dévolue par le droit légitime à ses agnats, à moins qu'ils n'aient éprouvé un changement d'état ».

III. La tutelle est déférée aux agnats les plus proches, et « la de nomination des plus proches agnats s'applique même au seul agnat du pupille ».

Mais « s'il y a plusieurs agnats de différens degrés, c'est au plus proche que la tutelle est dévolue; et s'il y en a plusieurs du même degré, ils en supporteront tous la charge ».

Or donc, « si laissant un fils impubère, j'ai un frère et un petit-fils par un autre fils, il est certain qu'ils seront tous deux tuteurs (3), s'ils ont l'âge prescrit par les lois (4), parce qu'ils sont au même degré ».

Mais nous appelons *agnats les plus proches*, non-seulement ceux qu'aucun autre agnat ne précède, mais encore ceux qui ne sont précédés de personne qui soit habile à gérer la tutelle.

Par exemple, « une femme plus proche qu'un agnat n'empêche pas qu'il ne soit tuteur de son agnat impubère, et par conséquent un oncle paternel sera tuteur légitime du fils de son frère, encore

(1) Les frères consanguins sont ceux qui sont nés du même père.

(2) Qu'on appelle spécialement frères consanguins.

(3) Mon frère est l'oncle paternel de cet impubère; mon fils est son petit-fils par son frère; l'un et l'autre sont donc au troisième degré par rapport à lui.

(4) Ces mots, *s'ils sont de l'âge prescrit par les lois*, semblent avoir été ajoutés par Tribonien, à cause de la *l.* 5. *cod. de ce même titre*, qui fixe à vingt-cinq ans l'âge requis pour être tuteur légitime.

vel matertera fratris filiis, ne sint tutores, obstat ». *l.* 10. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

Hinc « interdum alibi est hereditas, alibi tutela; ut puta, si sit consanguinea pupillo : nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum ». *sup. d. l.* 1. §. 1.

Consonat regula juris : « *Quo* tutela redit, eo hereditas pervenit; nisi quum fœminæ (1) heredes intercedunt ». *l.* 13. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Q. M. Scæv. *lib. sing.*

Diximus proximum esse adgnatum quem nullus hujus muneris capax antecedit : adde, aut antecedere speratur.

Enimvero, « si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur. Nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur, sed interim a prætore datur ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 14. *ad Sab.*

§. II. *De patrono et patronis liberis.*

IV. Lege defertur tutela « item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur ». *d. l.* 1. *v. item patronis.*

Et quidem « tutela legitima quæ patronis defertur e lege XII Tab., non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias (2) hereditatum quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt». *l.* 3. Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

Patronis tamen « interdum etiam sine hereditate tutela defertur, interdum hereditas sine tutela : ut puta in eo qui latitavit, quum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter divus Pius rescripsit Aurelio-Basso, jus patroni eum non habere, his verbis : « *Plane* tergiversatio eorum qui subvertere fideicommissam » libertatem velint, eo modo puniatur, ne jus patroni adquirant » in eo, quem liberum esse nolunt ». Idem erit, si filiæ adsignatus libertus sit : tutela quidem apud fratres remanebit, ut Marcellus notat, legitima autem hereditas ad sororem pertinebit ». *d. l.* 1. §. 3.

---

(1) Solas fœminas excipit; non masculos impuberes, qui ante Justinianum erant legitimi tutores : quamvis administratio ipsis, donec ad legitimam ætatem pervenissent, denegaretur.

(2) Quum lex eos ad commodum hereditatis vocet, videtur tacite eos ad onus tutelæ vocare : quum æquum sit apud eos esse onera, apud quos sunt commoda.

qu'il eût une sœur consanguine; et une tante paternelle n'empêchera un grand-oncle, non plus qu'une tante maternelle n'empêchera les fils du frère d'être également tuteurs ».

C'est pourquoi « quelquefois ce n'est pas celui qui est héritier qui est tuteur, comme, par exemple, si le pupille a une sœur consanguine; car bien qu'elle soit son héritière, c'est son plus proche agnat qui est son tuteur ».

Ce qui est conforme à la règle de droit, qui dit que « la tutelle va à la succession, dont elle est une conséquence, à moins qu'il ne se trouve une héritière qui intervertit ce principe (1)».

Nous avons dit que le plus proche agnat était celui qu'aucune autre personne capable ne précédait; ajoutez, *ni ne devait précéder.*

En effet, « s'il y a un frère et qu'il soit au pouvoir des ennemis, la tutelle n'est pas déférée à l'agnat d'un degré inférieur; car si le patron est au pouvoir des ennemis, la tutelle n'est pas non plus déférée au fils de ce patron, mais provisoirement donnée par le préteur ».

§. II. *Du patron et des enfans du patron.*

IV. La loi défère également la tutelle « aux patrons, c'est-à-dire, à ceux qui sont appelés à la succession légitime, et en cela la loi est fort sage; car il est juste que ceux qui ont des droits à une succession, soient chargés de veiller à ce qu'elle ne soit pas dilapidée ».

Et à la vérité, « la tutelle légitime qui est déférée au patron par la loi des douze Tables, ne leur est pas dévolue spécialement et nommément, mais par une conséquence du droit de succéder qu'elle leur donne (2) ».

Cependant la tutelle est aussi quelquefois déférée au patron sans l'hérédité, et réciproquement, comme il arrive, par exemple, au maître qui s'est tenu caché lorsqu'il était chargé d'affranchir son esclave; car Antonin-le-Pieux dit, dans un rescrit adressé à Aurelius-Bassus, qu'en général, de pareils maîtres perdent le droit de patronage sur leurs affranchis. Voici ses termes : « Que les subterfuges de ceux qui veulent se soustraire à l'obli-» gation de donner la liberté fidéicommissaire, soient punis par » la perte du droit de patronage sur celui à qui ils ont refusé la » liberté ». Il en sera de même si un affranchi a été assigné à une fille; la charge de la tutelle restera à ses frères, et elle héritera seule de cet affranchi, suivant l'observation qu'en a faite Marcellus ».

---

(1) Cette règle n'excepte que les femmes, et non les mâles impubères, qui, avant Justinien, étaient tuteurs légitimes, encore qu'on ne leur permît de gérer la tutelle qu'après avoir atteint l'âge prescrit par les lois.

(2) La loi les appelant aux avantages de la succession, est censée les appeler tacitement à la charge de la tutelle, parce qu'il est juste que ceux qui profitent des avantages d'une chose, en supportent les désavantages.

« Item in libertinis, si sit patrona et patroni filius. Nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit. Tantumdemque erit, et si sit patroni filia et nepos », *d. l.* 1. §. 1. *v. item in libertinis.*

V. Utriusque autem sexus libertis patronus debet esse tutor. Nam « *liberti* appellatione, etiam libertam contineri placuit ». *l.* 172. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.* (1).

VI. Quibuscumque patronis tutela defertur. Ergo manumissor, ex lege XII Tabularum, tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit ». *sup. d. l.* 3. §. 1.

« Sed, etsi hac lege emit ut manumitteret, et ex constitutione divi Marci ad Aufidium-Victorinum (2) pervenit ad libertatem, dicendum est tutorem esse ». *d. l.* 3. §. 2.

« Plane, si forte ex Rubriano (3) senatusconsulto pervenerit ad libertatem, non habebit tutorem eum qui rogatus est (4); sed Orcinus (5) libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit : in qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, quæ ad patronos non pertinuit. Quod quidem in omnibus Orcinis libertis locum habet testamento manumissis ». *d. l.* 3. §. 3.

VII. Liberis etiam patronorum tutela defertur : nimirum si nullus supersit patronus hujus muneris capax. V. G. « sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere». *d. l.* 3. §. 6.

---

(1) Ad legitimas patronorum tutelas hanc legem pertinere, ejus inscriptio demonstrat, petita ex eodem libro unde lex 3. *h. tit. n.* præced. Constat item ex indice Labitti, fragmenta omnia quæ supersunt ex eodem Ulpiano *libro* 38. *ad Sabin.* versari circa tractationem de tutelis : puta *l.* 15. *ff.* 26. 1. *de tutelis. l.* 12. *l.* 15. *de testam. tutel.* 26. 2. *l.* 3. *de leg. tut.* 26. 4. *etc. vid. indicem Labitti.*

(2) Qua constituit ut, si emptor servum intra tempus quo ex lege contractus manumittendus erat, non manumiserit, servus tempore elapso, ipso jure, perinde ac si manumissus fuisset perveniat ad libertatem. De qua re vid. *tit.* 8. *qui sine manumiss.* infra, *lib.* 40.

(3) De quo vid. *tit.* 5. *de fideic. libert.* infra, *lib.* 40.

(4) Non habebit illum tutorem tanquam patronum : verum poterit illum habere tutorem una cum cæteris testatoris filiis, tanquam patroni filium; ut mox dicitur.

(5) Qui ex Rubriano senatusconsulto pervenit ad libertatem (dum heres qui rogatus erat manumittere, moram facit libertati) non est libertus heredis qui eum manumittere noluit; sed *orcinus*, id est ipsius defuncti, quasi directam libertatem accepisset : ut videb. sup. *lib.* 40. *d. tit.* 5. *de fideicom. libert.*

« Il en sera de même s'il y a une patrone et un fils du patron ; car le fils du patron supportera la tutelle, et la patronne héritera. Il faudra encore dire la même chose s'il se trouve une fille et un petit-fils du patron ».

V. Le patron doit être tuteur des enfans de son affranchi, non-obstant la différence de leur sexe ; en effet, « il a été décidé que la dénomination d'*affranchis* comprenait les deux sexes, ainsi qu'on le voit dans Ulpien sur Sab. (1) ».

VI. La tutelle est déférée à tous les patrons quelconques. « Celui qui a affranchi un esclave est donc le tuteur des enfans de cet affranchi, en vertu de la loi des douze Tables, soit qu'il lui ait donné la liberté volontairement, ou en vertu d'un fidéicommis ».

« Et même il le serait encore, lors même que l'esclave qu'il aurait acheté sous la condition de l'affranchir, n'eût obtenu sa liberté qu'en vertu de la constitution de Marc-Aurèle à Aufidius-Victorinus (2) ».

« Mais si cet esclave est parvenu à la liberté en vertu du sénatus-consulte Rubrien (3), il n'aura pas pour tuteur celui qui devait l'affranchir (4) ; il sera l'affranchi du défunt (5), et appartiendra à ses héritiers, par lesquels la tutelle commence d'appartenir aux enfans du patron à qui elle n'a point appartenu ; ce qui a lieu pour les esclaves affranchis par testament ».

VII. La tutelle est aussi déférée aux enfans des patrons, c'est-à-dire, lorsqu'il ne reste plus de patron habile à s'en charger. Par exemple, « si tous les patrons sont décédés, la tutelle appartient alors à leurs enfans ».

---

(1) L'inscription de cette loi prouve qu'elle appartient aux tutelles légitimes des patrons, en disant qu'elle est tirée du même livre que la *l.* 3. *h. tit. n. præced.* Il est pareillement constant par la table de Labitte, que tous les fragmens qui nous restent du même livre 38 d'Ulpien sur Sabinus, concernent la matière des tutelles, comme les *l.* 6 *et* 15. *ff. sur les tutelles ;* les *l.* 12 *et* 15, *sur la tutelle testamentaire ;* la *l.* 3, *sur la tutelle légitime, etc.* Voyez cette table.

(2) Qui veut que si l'individu qui a acheté un esclave sous la condition de l'affranchir, ne l'a pas fait dans le tems prescrit par le contrat, cet esclave soit libre de plein droit, comme si on l'eût affranchi. Voyez à cet égard le titre qui traite *de ceux qui ont obtenu leur liberté sans le secours de l'affranchissement*, ci-après *liv.* 40.

(3) Dont nous parlerons ci-après *liv.* 40, au titre *de la liberté fidécommissaire.*

(4) Celui-ci n'en sera point tuteur comme son patron ; mais comme fils de son patron avec les autres fils du testateur, ainsi que nous le verrons bientôt.

(5) L'esclave qui est parvenu à la liberté en vertu du sénatus-consulte Rubrien, parce que celui qui devait l'affranchir en étant en demeure, n'est point l'affranchi de l'héritier qui a refusé de l'affranchir, mais du testateur, comme s'il en avait reçu la liberté directe, ainsi qu'on le verra au titre qui traite *de la liberté fidéicommissaire.*

« Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes cæteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit (1). Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt. Simili modo et si in servitutem redactus sit, apparet cæteros esse tutores ». *d. l.* 3. §. 5.

VIII. Quod autem diximus, nullo patrono superstite, liberis patronorum deferri tutelam, sic accipe, ut qui inter liberos in propiori gradu sit, præferatur.

« Proinde, si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit; utrum ad solum filium, an vero et ad nepotem tutela pertineat, quia et nepos in familia patris sui proximus est? Hoc apparebit ex legitimis hereditatibus. Legitima autem hereditas ad solum filium pertinet; ergo et tutela ad solum filium descendit; post filium, tunc ad nepotem ». *d. l.* 3. §. 7.

§. III. *De manumissore filii, et liberis hujus manumissoris.*

IX. « Qui liberum caput mancipatum sibi (2) vel a parente (3) vel a coemptore (4) manumisit, per similitudinem patroni (5) tutor efficitur : qui fiduciarius (6) tutor appellatur ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 5.

Et alibi. « Si parens filium, vel filiam, vel nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes quos in potestate habeat, emancipet, vicem legitimi tutoris sustinet ». *sup. d. l.* 3. §. *fin.*

Nota : « Quo defuncto, si liberi perfectæ ætatis existant, fidu-

(1) Idem observatur circa hereditatem liberti; ut videb. *tit.* 2. *de bonis libertor.* infra, *lib.* 38.

(2) Filius, ut emanciparetur, ter imaginario emptori *mancipandus* totiesque manumittendus erat. Prima et secunda vice manumissus, recidebat in potestatem patris; tertia, fiebat sui juris, sed quasi libertus ejus cui mancipatus fuerat. Plerumque autem conveniebat inter patrem et imaginarium emptorem, ut emptor hunc filium sibi pro tertia vice mancipatum non manumitteret, sed patri remanciparet, ut a patre manumitteretur : quod pactum vocabatur *fiducia.* Alii præter filium liberi, filiæ scilicet et nepotes et deinceps, semel duntaxat erant ita mancipandi et manumittendi. Vid. supra, *lib.* 7. *tit.* 2. *de adopt. et emancip.*

(3) Quo casu emptor imaginarius, tutor efficitur.

(4) Id est, ab imaginario filii emptore sibi parenti remancipatum : quo casu parens ipse fit tutor.

(5) Quum enim eum manumittendo efficiat eum sui juris, est instar patroni : sive parens ille sit, sive emptor imaginarius.

(6) Obtinuit tamen ut parens qui emancipasset filium, etiam diceretur tutor *legitimus* : ut vid. in institutionib.

« Mais s'il est mort seulement quelqu'un des patrons, la tutelle reste aux autres, encore que le défunt ait laissé un fils (1); et si l'un d'eux a été pris par les ennemis, ses co-patrons gèrent la tutelle en son absence. En effet, il paraît qu'il en était ainsi à l'égard de celui qui était réduit en servitude ».

VIII. Ce que nous avons dit, que dans le cas où il ne restait pas de patrons, la tutelle était déférée à leurs enfans, s'entend en ce sens qu'elle était dévolue à celui d'entr'eux qui se trouvait au degré le plus proche.

« C'est pourquoi si l'un des patrons avait laissé un fils et l'autre un petit-fils, la question de savoir si la tutelle appartiendra au fils seul, ou à l'un et l'autre, parce que le petit-fils est également au premier degré dans la famille de son père, se décide comme celle de savoir quel sera l'héritier légitime, bien que le petit-fils soit aussi au degré le plus proche dans la famille de son père. Or, la succession légitime revient aux fils exclusivement; d'où suit que la tutelle lui est dévolue aussi exclusivement, et après lui au petit-fils ».

§. III. *De celui qui affranchit le fils et de ses enfans.*

IX. « Celui qui a affranchi un homme libre qu'il avait acheté (2) » de son père (3) ou du co-acheteur (4), devient son tuteur à l'ins- » tar d'un patron (5); d'où vient la dénomination de *tuteur fiduciaire* (6) ».

Et ailleurs, « si un père émancipe son fils, sa fille, son petit-fils, sa petite-fille, et ainsi de suite, qui étaient impubères et sous sa puissance, il en devient le tuteur légitime ».

Observez que « si, après la mort de ce père, quelques-uns de

---

(1) On observe la même chose par rapport à la succession d'un affranchi, comme on le verra au titre qui traite *des biens de l'affranchi*, ci-après, *liv.* 38.

(2) Un fils, pour être émancipé, devait être vendu trois fois à un acheteur imaginaire, et affranchi autant de fois : la première et la seconde fois, il retombait sous la puissance de son père; à la troisième, il en était hors, mais comme affranchi de celui à qui il avait été vendu, lequel cependant était ordinairement convenu avec son père de ne pas l'affranchir, mais de le lui revendre pour l'affranchir lui-même; et ce pacte s'appelait *fiducia*. Les autres enfans, c'est-à-dire, les filles, les petits-fils et autres descendans, ne devaient être vendus et affranchis que deux fois, comme on l'a vu *l.* 1, au titre *de l'émancipation et de l'adoption.*

(3) Auquel cas l'acheteur imaginaire devient tuteur.

(4) C'est-à-dire, revendu à lui son père par l'acheteur, auquel cas le père devient lui-même son tuteur.

(5) Comme celui qui l'affranchit le met hors de puissance, il en devient comme le patron, encore que ce soit le père ou l'acheteur.

(6) Il est cependant reçu que le père qui a émancipé son fils, en est le tuteur légitime.

ciarii (1) tutores fratris vel sororis efficiuntur ». *l.* 4. Modestin. *lib.* 4. differ.

§. IV. *Quid requiratur in iis quibus tutela legitima defertur, ut tutores esse possint?*

X. Hi omnes quos enumeravimus, ita demum legitimi tutores erunt, si sint hujus muneris capaces : qui autem sint capaces nec ne, vidimus supra *lib.* 26. *tit.* 1. de tutel. §. 2.

V. G. « si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt. Sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est solos masculos fore tutores ». *sup. d. l.* 3. §. 4.

Item « surdus et mutus nec legitimi tutores esse possunt, quum nec testamento, nec alio modo, utiliter dari possint ». *l.* 10. §. 1. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

§. V. *An cognatis lege deferatur tutela?*

XI. Quum cognatis hereditas jure civili non deferretur, hinc Dioclet. et Maxim. : « Ad avunculos nec masculorum tutelæ ex lege XII Tabularum deferuntur : quum solummodo patruis, si non se excusaverint, id jus tributum sit ». *l.* 1. *cod. h. tit.* 5. 30.

Ex constitutione autem Anastasii, frater emancipatus, ut ad hereditatem, ita et ad tutelam fratris aut sororis admittitur, agnatisque inferioris gradus præfertur. *l.* 4. *cod. h. tit.* 5. 30.

Jure Novellarum, discrimine inter agnatos et cognatos sublato, cognatis hodie legitima defertur tutela.

§. VI. *De nova tutelæ legitimæ specie quæ matri defertur.*

XII. Ex constitutione Valentiniani, Theodosii et Arcadii, legitimæ quædam tutelæ species matri defertur; quæ tamen differt a cæteris. Nam cæteri legitimi tutores sola virtute, deficiante tes-

(1) Atqui filius patroni, legitimus tutor est : cur ergo non et ita appellabuntur liberi parentis manumissoris? Ratio disparitatis est quod patronus transmittat ad liberos suos jus patronatus quod habet in libertum; quemadmodum et dominium transmisisset, si eum non manumisisset : at parens qui emancipavit filium, sicut non transmisisset patriam suam potestatem, ita nec jus quasi-patronatus transmittit ad liberos quos in potestate retinuit. Quum igitur hi nullum jus patronatus habeant in fratrem suum, non possunt dici ejus *legitimi* tutores : sed defectu alterius nominis, dicuntur *fiduciarii*. Denique patroni liberi per consequentias hereditatis legitimæ liberti, quæ ipsis defertur, fiunt huic patris sui liberto *legitimi* tutores : quum autem fratribus legitima fratris sui emancipati hereditas non deferatur, non possunt dici ejus *legitimi tutores*.

ses enfans se trouvent avoir atteint l'âge prescrit, ils deviennent tuteurs fiduciaires (1) de leurs autres frères et sœurs ».

§. IV. *De ce qui est requis dans ceux à qui la tutelle légitime est déférée, pour qu'ils puissent la gérer.*

X. Tous ceux dont nous venons de parler ne peuvent devenir tuteurs légitimes, qu'autant qu'ils en sont capables; or, nous avons vu ci-dessus, au titre *des tutelles*, quels étaient ceux qui en étaient ou n'en étaient pas capables.

Par exemple, « si deux ou plusieurs maîtres affranchissent conjointement un esclave, ils en seront tous tuteurs légitimes; mais s'il se trouve parmi eux une femme, elle ne partagera pas cette charge avec eux ».

« Un sourd et un muet ne peuvent pas être tuteurs légitimes, puisqu'ils ne peuvent être donnés pour tuteurs ni par testament, ni d'une autre manière ».

§. V. *Si la tutelle est déférée par la loi aux agnats.*

XI. Le droit civil ne déférant pas la succession aux cognats; en conséquence de ce principe, Dioclétien et Maximien disent : « La loi des douze Tables n'a point déféré la tutelle des enfans mâles aux oncles maternels, puisqu'elle n'a attribué cette charge qu'aux oncles paternels, dans le cas où ils ne s'en seraient pas fait dispenser ».

Mais par une constitution d'Anastase, le frère émancipé est appelé à la tutelle de son frère ou de sa sœur, comme à leur succession, et est préféré aux agnats d'un degré inférieur.

Par le droit des Novelles, la différence entre les agnats et les cognats ayant été abrogée, la tutelle légitime est aujourd'hui pareillement dévolue aux cognats.

§. VI. *De la nouvelle espèce de tutelle légitime qui est déférée à la mère.*

XII. Par une constitution de Valentinien, Théodose et Arcade, il y a une certaine espèce de tutelle légitime qui est déférée à la mère, mais qui cependant diffère des autres; car les autres tuteurs légi-

(1) Or, le fils du patron est tuteur légitime : pourquoi donc les enfans du père qui a affranchi ne le seraient-ils pas également? La raison de disparité est que le patron transmet à ses enfans le droit de patronage qu'il a sur son affranchi, comme il leur en aurait transmis la propriété s'il ne l'eût pas affranchi; au lieu qu'un père qui a émancipé un de ses fils, ne transmet pas plus à ceux qui sont restés sous sa puissance, son droit de quasi-patronage, que sa puissance paternelle. Comme donc ils n'ont aucun droit de patronage sur leur frère, on ne peut pas dire qu'ils soient ses tuteurs légitimes; mais à défaut d'autre nom, on les appelle *tuteurs fiduciaires*. Enfin, les enfans du patron, en conséquence de ce que la succession légitime de l'affranchi leur est déférée, deviennent les tuteurs légitimes de cet affranchi; mais comme la succession légitime du frère émancipé n'est pas déférée aux autres frères, on ne peut pas dire qu'ils soient ses tuteurs légitimes.

tamentaria tutela, tutores existunt : mater autem ex Imperatorum illorum constitutione tutelam non habet, nisi declaraverit se velle hanc tutelam suscipere, et apud acta juraverit se non convolaturam ad secundas nuptias. *l.* 2. *cod.* 5. 35. Quando mulier tutela.

Ita demum etiam ex illa lege matri tutela defertur, si aut nulli sint testamentarii legitimive tutores, aut fuerint excusati vel remoti. *d. l.* 2. *cod. v.* his illud.

Justinianus hanc legem porrigi voluit etiam ad matres illegitimorum liberorum, sancivit ut præterea senatusconsulto Velleiano apud acta renuntiantes, bona sua huic tutelæ supponerent. *l. fin. cod. d. tit.* 530. et Novell. LXXXIX. cap. 14-539.

Ex Novella autem XCIV, cap. 2., ne detur perjurii occasio, matres actis citra jusjurandum senatusconsulto Velleiano et secundis nuptiis renuntiant : cæterum, si postea convolent, removentur.

Ex Novella CXVIII, cap. 5-544, mater et avia in tutela filiorum aut nepotum suorum omnibus legitimis præferuntur.

Articulus II.

Quando legitimæ tutelæ locus sit?

XIII. Legitimæ tutelæ locus est quum testamentaria deficit. Unde Paulus : « Intestato parente mortuo, adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur, non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit : quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est ».

« Idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit. Nam tutela ejus ad agnatum revertitur ». *l.* 6. *lib.* 38. *ad ed.*

Similiter Ulpianus : « Quod si tutor testamento datus decesserit, ad legitimum tutela redit : quia hic senatusconsultum (1) cessat ». *l.* 11. §. 3. *ff.* 26. 2. *de test. tut. lib.* 37. *ad Sab.*

« Plane si duo pluresve fuerint tutores testamentarii, in locum ejus qui decessit vel in civitate esse desiit, poterit dari alius (2) ».

« Cæterum, si nullus supersit, vel in civitate sit, legitima tutela succedit ». *d. l.* 11. §. 4.

(1) Ex senatusconsulto in eam rem facto (quodnam illud sit, ignoratur) dantur tutores in locum testamentarii tutoris qui ab administratione prohibetur. At quum decessit, nullusque adeo testamentarius tutor superest, non est huic senatusconsulto locus.

(2) Quandiu enim vel unus testamentarius remanet aut speratur, legitimæ tutelæ locus esse non potest, quum non defecerit testamentaria.

times ne le sont qu'en vertu de la loi, et à défaut de tuteur testamentaire; mais en vertu de cette constitution, la mère n'obtient la tutelle qu'en déclarant vouloir s'en charger, et en prêtant serment par acte public de renoncer à convoler en secondes noces.

Cette loi ne défère non plus la tutelle à la mère qu'autant qu'il n'y a ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime, ou que dans le cas où il y en aurait eu, soit qu'ils eussent été dispensés ou rejetés.

Justinien voulut que cette loi s'étendît aussi aux mères des enfans illégitimes, ayant statué de plus qu'elles renonceraient au sénatus-consulte Velleien, et engageraient leurs biens pour responsabilité de leurs comptes de tutelle.

Par la Novelle XCIV, pour ne pas donner lieu au parjure, les mères renoncent encore au sénatus-consulte Velleien et à la faculté de convoler en secondes noces, toutefois sans se lier par serment, et sont seulement destituées quand elles ont manqué à ces engagemens.

Par la Novelle CXVIII, la mère et l'aïeule sont préférées à tous autres héritiers pour la tutelle de leurs enfans ou petits-enfans.

ARTICLE. II.

Quand il y a lieu à la tutelle légitime.

XIII. Il y a lieu à la tutelle légitime quand il n'y a pas de tutelle testamentaire. C'est pourquoi Paul dit; « Le père étant décédé *intestat*, la tutelle est déférée aux agnats, et le père est censé mort *intestat*, non-seulement quand il n'a point fait de testament, mais encore quand il en a fait un par les dispositions duquel il n'a point donné de tuteur à ses enfans, parce qu'il est mort *intestat* à l'égard de leur tutelle ».

« Il faut en dire autant si le tuteur donné par testament vient à décéder pendant la minorité du pupille, parce que la tutelle retourne alors à un agnat ».

Ulpien dit également: « Si le tuteur donné par testament vient à décéder, la tutelle retourne au tuteur légitime, parce que là cesse le sénatus-consulte (1) ».

« Mais s'il y a deux ou plus de deux tuteurs testamentaires, on pourra en donner un autre à la place de celui qui sera décédé ou aura changé d'état (2) ».

« Mais s'ils sont tous décédés ou ont tous changé d'état, il y aura lieu conséquemment à la tutelle légitime ».

---

(1) Par le sénatus-consulte rendu sur cette matière (on ne sait pas en quel tems), on met d'autres tuteurs à la place du tuteur testamentaire à qui l'administration de la tutelle a été interdite; mais lorsqu'il était seul et qu'il est décédé, il n'y a plus lieu à ce sénatus-consulte.

(2) En effet tant qu'il reste un tuteur testamentaire, ou qu'il peut s'en présenter d'autres, il ne peut pas y avoir lieu à la tutelle légitime, la tutelle testamentaire n'étant pas épuisée.

XIV. Observandum 1°. non videri defecisse tutelam testamentariam ut legitimæ locus sit, donec speratur aliquis ex testamento tutor.

Hinc, « si quis sub conditione vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat (1). Sciendum est enim, quandiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare ». *d. l.* 11.

Pariter, « si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est alium tutorem posse dari, quasi nondum sit, sed (2) speretur ». *l.* 10. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Ulp. *lib.* 36. *ad Sab.*

Observandum 2°. tunc demum esse locum legitimæ tutelæ, quum testamentaria ipso jure deficit, non quum facto magistratus.

Hinc Ulpianus . « Et si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam ». *sup. d. l.* 11. §. 1. *d. tit.*

« Idem dicimus et si fuerit remotus. Nam et hic idcirco abit, ut alius detur (3) ». *d. l.* 11. §. 2.

Articulus III.

Quoties deferri possit legitima tutela ?

XV. Pluries deferri potest legitima tutela : scilicet si proximi agnati quibus delata fuit, pupillo adhuc impubere mortui fuerint.

« Non tantum autem morte, verum etiam capitis deminutione, successio debet in legitima tutela admitti. Quare si proximior capite deminutus est, qui post eum est, succedit in tutelæ administratione ». *l.* 3. §. 9. Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

Secus est, si in his qui primo gradu sunt, tutela legitima defecerit, non ipso jure, sed facto magistratus.

Unde « quæri potest : si patroni filius sit remotus, vel excusatus, an nepoti tutela deferatur ? Et Marcellus in ea sententia est,

(1) Id est, quamvis existant qui essent legitimi tutores, si testamentaria deficeret.

(2) Ita restituenda lectio. Male vulgo, *nec speretur.*

(3) A magistratu : qui proinde *dativus* erit. Ratio est, quia magistratus potest quidem tutorem testamentarium ab administratione tutelæ excusare aut removere ; at non potest jus et nomen tutoris quod lex ei dedit, adimere : nec enim magistratus potentior esse potest ipsa lege. Quum igitur, quantum ad subtilitatem, tutor adhuc sit qui excusatus aut remotus est, non videtur testamentaria tutela ipso jure deficere : adeoque *legitimæ* locus esse non potest.

XIV. Il faut observer, 1°. que la tutelle testamentaire est censée subsister, et la tutelle légitime n'avoir pas lieu, tant qu'il peut encore paraître un tuteur donné par le testament.

C'est pourquoi, « si un testateur a donné un tuteur pour gérer à compter d'un jour fixe ou sous condition, il faudra donner un tuteur provisoire aux enfans, encore qu'ils pussent avoir un tuteur légitime (1); car il faut savoir que la tutelle légitime ne peut pas avoir lieu tant qu'on peut espérer qu'il se présentera un tuteur testamentaire. ».

Et de même » si la succession dont on espérait un tuteur, n'a point été acceptée, le plus vraisemblable est qu'on peut donner un tuteur comme s'il n'y en avait point, encore qu'on ait lieu d'espérer qu'il s'en présentera (2) ».

Il faut observer 2°. que la tutelle légitime ne commence que quand la tutelle testamentaire cesse de plein droit, et non par le fait du magistrat.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Si la tutelle a été une fois dévolue à un tuteur testamentaire, et qu'il ait obtenu de s'en faire dispenser, nous disons encore qu'il faut donner un autre tuteur à sa place, et non recourir à la tutelle légitime ».

« Il en est de même s'il a été destitué; car il ne l'a été que pour qu'on en donnât un autre (3) ».

ARTICLE III.

Combien de fois la tutelle légitime peut être déférée.

XV. La tutelle légitime peut être déférée plusieurs fois, c'est-à-dire, autant de fois que les proches agnats à qui elle avait été déférée, sont décédés pendant la minorité des pupilles.

« La succession doit être admise dans la tutelle légitime, non-seulement en cas de mort, mais encore en cas de changement d'état. C'est pourquoi si le proche agnat change d'état, le plus proche après lui succède dans l'administration de la tutelle ».

Il en est autrement si la tutelle légime sort du premier degré, non de plein droit, mais par le fait du magistrat.

C'est pourquoi « on peut demander si, dans le cas où le fils du patron s'est fait dispenser ou destituer, la tutelle est déférée à

(1) Bien qu'il existe des agnats qui pourraient être tuteurs légitimes, si les enfans venaient à manquer de tuteurs testamentaires.

(2) Il fallait rétablir cette leçon. C'était mal-à-propos qu'on lisait *nec speretur*.

(3) Que le magistrat en donnât un autre qui serait par conséquent datif. La raison en est que le magistrat peut bien dispenser ou destituer un tuteur testamentaire, mais qu'il ne peut pas dépouiller un tuteur du nom et du droit qu'il tient de la loi, parce qu'il ne peut pas avoir plus de pouvoir que la loi. Comme donc, quant à la subtilité du droit, le tuteur dispensé ou destitué est toujours tuteur, la tutelle testamentaire est censée n'être pas épuisée de droit, et par conséquent il ne peut pas y avoir lieu à la tutelle légitime.

ut succedi non posse scribat : idcirco enim abierunt tutela, ut alii in locum eorum deutur, non ut successio admittatur (1) ». *d. l.* 3. §. 8.

TITULUS V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt.

EXPOSITIS duabus prioribus tutelæ speciebus, jam de tertia quæ *dativa* appellatur. Simul tractatur et de curatoribus; sive iis qui aut in omnem rem, aut ad certas causas impuberibus dantur; sive qui puberibus minoribus viginti-quinque annis petentibus et desiderantibus dantur. Quum enim hæ curationes sint dativæ, harum tractationem cum tutelis dativis recte conjungi existimaverunt Pandectarum ordinatores.

Videndum : 1°. de tutela et cura dativa in genere ; 2°. de variis speciebus tutorum et curatorum dativorum qui impuberibus dantur, nec non de adjutoribus tutelæ; 3°. de curatoribus puberum.

ARTICULUS I.

De tutela aut cura dativa in genere.

I. Tutela dativa est quæ a magistratu datur.

De hac tutelæ specie ita Hermogenianus : « Si quæratur an ex inquisitione recte datus sit tutor, quatuor hæc consideranda sunt : an hic dederit, qui dare potuit; et ille acceperit, cui fuerat dandus; et is datus, cujus dandi facultas erat : et pro tribunali decretum interpositum sit ». *l.* 7. §. 1. *ff.* 26. 3. *de confirm. tut. lib* 2. *juris epit.*

§. I. *Qui dare tutores possint?*

II. « Tutoris datio neque imperii (2) est, neque jurisdictionis (3); sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps ». *l.* 6. §. 2. *ff.* 26. 1. *de tutelis*, Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

---

(1) Similis ratio hic in tutela legitima, quæ in not. præced. in testamentaria.

(2) Nam *imperium* in coercitione consistit. Porro in dando tutore nulla coercitio versatur; sed tunc demum coercitione opus est, si tutelam administrare detrectet.

(3) Ea enim demum sunt *jurisdictionis*, quæ magistratui competunt ex jure primævo sui magistratus : ut vid. supra *lib.* 2. *tit.* 1. *de jurisdic. omn. jud. n.* 2 et 15. Jus autem dandi tutores, magistratibus non ex jure magistratus competit, sed ex lege quæ hoc jus ipsis concessit.

son petit-fils. Marcellus pense qu'il n'y a pas lieu à la succession, parce qu'il s'est retiré de la tutelle, non pour qu'on lui succédât (1), mais pour qu'on donnât d'autres tuteurs à sa place ».

TITRE V.

Des tuteurs et curateurs donnés par ceux qui en ont le droit, de ceux qui peuvent être donnés, et des cas où ils peuvent spécialement être donnés.

Après avoir traité des deux premières espèces de tutelle, nous allons passer à la troisième qu'on appelle *la tutelle dative*. Nous traiterons en même tems des curateurs qui sont donnés, soit pour toutes les affaires ou pour quelques-unes des affaires d'un mineur, soit à des pubères âgés de moins de vingt-cinq ans, qui en ont besoin et les demandent, parce que les rédacteurs des Pandectes ont pensé que ces curatelles étant datives, il convenait d'en traiter en même tems que des tutelles datives.

Nous traiterons 1°. de la tutelle et de la curatelle datives en général; 2°. des différentes espèces de tuteurs et de curateurs datifs qui sont donnés aux impubères, et des adjoints à la tutelle; 3°. des curateurs donnés aux pubères.

Article I.

De la tutelle ou de la curatelle datives en général.

I. La tutelle dative est celle qui est donnée par le magistrat.

Hermogénien dit, par rapport à cette espèce de tutelle : « Sur la question de savoir si un tuteur a été régulièrement donné en connaissance de cause, il y a quatre choses à considérer; si celui qui l'a donné en avait le droit, s'il l'a donné à celui à qui il fallait le donner, s'il a donné celui qu'il avait le droit de donner, et s'il l'a donné par un décret rendu en son tribunal ».

§. I. *Qui peut donner des tuteurs.*

II. « La faculté de donner des tuteurs n'appartient ni à l'empire (2) ni à la juridiction (3), mais à celui qu'en a nommément revêtu une loi, un sénatus-consulte, ou le prince ».

---

(1) La meme raison milite ici pour la tutelle légitime comme pour la tutelle testamentaire, dans la note précédente.

(2) Car l'empire consiste dans le droit de réprimer : or il n'y a aucune répression dans la faculté de donner des tuteurs, et il ne peut meme y en avoir que dans le cas où le tuteur donné refuserait d'administrer.

(3) Car il n'y a dans la juridiction que ce qui est attribué au magistrat par le droit primitif de sa magistrature, comme on l'a vu ci-dessus *liv.* 2, au titre qui traite *de la juridiction des juges*, *n.* 2 *et* 15. Or le droit de donner des tuteurs n'appartient pas au magistrat en vertu de leur magistrature, mais en vertu de la loi qui le leur a donné.

« Lex Attilia (1) jubet mulieribus pupillisve non habentibus tutores dari a prætore et majore parte (2) tribunorum plebis: quos tutores, *Attilianos* vocamus. Sed quia lex Attilia Romæ tantum locum habet, lege Julia et Titia (3) prospectum est ut in provincia quoque similiter a præsidibus earum dentur tutores ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 18.

Igitur « sive proconsul, sive præses, sive etiam præfectus Ægypti, sive proconsulatum obtineat provinciæ, vel temporis causa (præside defuncto), vel quia ipsi provincia regenda commissa est, tutorem dare poterit ». *l.* 1. *id. lib.* 39. *ad Sab.*

« Legatus quoque proconsulis, ex oratione Divi Marci, tutorem dare potest (4) ». *d. l.* 1. §. 1.

Quinetiam, « jus dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus (5); eoque jure utimur : sed illum, qui ab eodem municipio, vel agro ejusdem municipii est ». *l.* 3. Ulpian. *lib.* 36. *ad ed.*

Et « ubi absunt hi qui tutores dare possunt, decuriones jubentur dare tutores; dummodo major pars conveniat. Ubi non est dubium, quin unum ex se (6) dare possint ». *l.* 19. Paul. *lib.* 16. *ad Plaut.*

---

(1) Heinneccius censet hujus legis seu plebisciti auctorem L. Attilium tribunum plebis, cujus mentionem facit Livius 9. 30. Illud certum est, hanc legem esse antiquam ; nam, jam anno U. C. 567, idem Livius 34. 9. facit mentionem tutoris petiti a prætore et tribunis. Hoc jus postea mutatum est: nam quum prætor et tribuni eo munere dandi tutoris negligentius fungerentur, senatusconsulto Claudiano jus dandi tutores consulibus datum est; ut videre est apud Suetonium in *Claudio, cap.* 23. Imperator Antoninus restituit jus dandi tutores, prætori; et huic officio singularem prætorem præfecit, qui dicebatur *prætor tutelaris.* (Julius-Capitolin. in vita Marci.)

(2) Omnes tribuni una cum prætore adhibebantur. Sed singulare est ut hic vincerent suffragia majoris partis tribunorum plebis, quum alias vel uni jus esset intercedendi turbandique reliquorum decreta. Ita recte observant Hotomannus, Vinnius, Heinneccius, etc.

(3) Heinneccius et Schultingius H. Valesium secuti, censent hanc legem sub Augusto latam anno ab U. C. 723; quo anno, cum Cæsare Augusto M. Titius Marci filius erat consul suffectus, et mendose in Fastis legis *M. Tullius Marci filius.* Lex ab utroque consule *Julia* et *Titia* dicta est.

(4) Non vi mandatæ ipsi jurisdictionis a præside, sed proprio jure quod ipsi a D. Marco concessum est.

(5) Ex præcepto tamen præsidum, ut dicitur in *l.* 46. §. 6. *ff.* 26. 7. *de admin. tut.* Et hoc præsides ipsis præcipere solebant, quum magnæ non erant pupilli facultates : ut videb. in institut. Cæterum, hoc jussu interveniente dant tutores, non quasi jure præsidum ipsis mandato (nec enim mandari potest, ut mox dicemus *n. seq.*), sed jure suo : et hinc est quod nonnisi municipii sui civem dare possunt.

(6) Vid. infra *n.* 10.

« La loi *Attilia* (1) ordonne qu'il soit donné des tuteurs aux femmes ou aux pupilles qui n'en ont point, par le préteur et la majeure partie des tribuns du peuple (2); et nous appelons ces tuteurs *Attiliens*. Mais la loi *Attilia* n'ayant d'autorité qu'à Rome, il a été pourvu par la loi *Julia* et *Titia* (3) à ce qu'il en fût également donné dans les provinces par leurs présidens ».

Ainsi, « soit le proconsul, soit le président, soit le préfet d'Egypte, soit le magistrat qui avait obtenu le proconsulat de la province pour un tems, à cause de la mort du président, ou qui avait été promu à cette dignité, pouvait donner des tuteurs ».

« Le lieutenant du proconsul pouvait aussi donner des tuteurs (4), suivant le discours de Marc-Aurèle ».

« Le droit de donner des tuteurs fut même attribué à tous les magistrats municipaux (5); et tel est encore notre droit : mais ce n'était que dans leur ville et dans l'étendue de son territoire ».

Et « en l'absence de ceux qui peuvent donner des tuteurs, il est ordonné au décurion d'en donner, pourvu que la majorité d'entr'eux soit d'accord; et il n'y a pas lieu de douter qu'ils ne pussent nommer un d'entr'eux (6) ».

---

(1) Heineccius pense que l'auteur de cette loi fut L. Attilius, tribun du peuple, dont il est fait mention dans Tite-Live, 9, 30. Il est certain que cette loi est très-ancienne; car dès l'an de Rome 567, le même Tite-Live, 34, 9, fait mention d'un tuteur demandé au préteur et au tribun. Ce droit fut changé dans la suite; car le préteur et les tribuns négligeant de remplir leurs devoirs à cet égard, le sénatus-consulte Claudien attribua le droit de donner des tuteurs aux consuls, comme on le voit dans Suétone, *vie de Claudius, ch.* 23. L'empereur Antonin rendit ensuite ce droit aux préteurs, et créa un préteur particulier pour cette fonction, qu'on appelait *préteur tutélaire*.

(2) Tous les tribuns exerçaient ce pouvoir conjointement avec le préteur; mais ce qui lui est particulier, c'est qu'alors les suffrages, concurremment de la majeure partie des tribuns du peuple, formaient la décision, tandis qu'ailleurs un seul avait le droit d'anéantir le suffrage de tous les autres. C'est ce qu'observent judicieusement Hotomann, Vinnius, Heineccius et autres.

(3) Heineccius et Schulting, d'après H. Valesius, pensent que cette loi fut portée l'an de Rome 723, lorsque M. Titius venait de remplacer César-Auguste dans le consulat, et que c'est par erreur qu'on lit *M. Tullius Marci filius* dans les Fastes. Cette loi fut appelée *Julia* et *Titia*, du nom de ces deux consuls.

(4) Non en vertu d'une juridiction déléguée par le président, mais bien du droit personnel que lui avait accordé l'empereur Marc-Aurèle.

(5) D'après l'ordre des présidens, comme il est dit dans la *l.* 46. §. 6. *ff. sur l'administration de la tutelle*. Et les présidens avaient coutume de leur donner cet ordre lorsque le pupille était peu riche, comme on le voit dans les *institutes*; mais malgré cet ordre, ils ne donnaient pas des tuteurs en vertu du droit délégué par le président (lequel ne pouvait pas en effet leur en déléguer : comme on le verra dans le numéro suivant), mais en vertu de leur droit personnel; et c'est pourquoi ils ne pouvaient donner pour tuteurs que des citoyens de leur ville.

(6) Voy. ci-après *n.* 19.

Ex constitutione Justiniani, quum facultates pupillorum aut adolescentium non exceduut quingentos solidos, non debet expectari ut ipsis a præsidibus creentur tutores aut curatores; sed magistratus municipales, adhibito episcopo, eos creare possunt. *l.* 30, *cod.* 1. 4. *de episc. aud.*

III. Ipsi autem demum quibus hoc jus lege concedi diximus, tutores dare possunt. Cæterum, « nec mandante præside, alius tutorem dare poterit (1) ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 8. *de omnibus tribunalibus.*

§. II. *Cui possint magistratus dare tutores et curatores?*

IV. « Quod permittitur tutorem dare provinciæ præsidi, eis tantum permittitur qui sunt ejusdem provinciæ, vel ibidem domicilium habent ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 39. *ad Sab.*

Quum tamen pupillo qui diversa patrimonia habet, singulorum patrimoniorum tutores dantur, a magistratibus locorum ubi hæc sunt patrimonia, recte dantur.

Igitur, « pupillo qui tam Romæ quam in provincia facultates habet, rerum quæ sunt Romæ, prætor; provincialium, præses tutorem dare potest ». *l.* 27. Hermog. *lib.* 2. *juris epit.*

Consonat quod rescribit Antoninus: « Magistratus ejus civitatis unde filii tui originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum sunt facultates, tutores vel curatores his quam primum secundum formam perpetuam dare curabunt. Quod si filii tui neque possident quicquam in provincia ubi morantur neque inde originem ducunt, restituti apud patriam suam et ubi patrimonium habent, morabuntur; et ibi defensores legitimos sortientur ». *l. un. cod.* 5. 32. *ubi petantur tut. vel curat.*

§. III. *Quis dari possit a magistratu tutor aut curator, et quos possint dari?*

V. Maxime eum tutorem curatoremve dare non possunt magistratus, qui non est hujus muneris capax.

Hinc εἰδέναι, etc. (id est), « scire oportet magistratus, quod curatrices minoribus mulieres non creabunt ». *l.* 21. Modest. *lib.* 1. *excusat.*

VI. Item dare non possunt nisi eum qui ipsorum jurisdictioni subditus sit.

Hinc, « neque a præside alterius provinciæ, neque a magistratibus municipalibus tutorem ortum ex alia civitate, nec domici-

(1) Non enim mandare potest magistratus nisi ea quæ jurisdictionis sunt: non vero ea quæ ex speciali legis concessione habet: *l.* 1 et *l.* 2. *ff.* 1. 21. *de offic. ejus cui mand. est jurisdic.* quam vid. supra *lib.* 2. *tit.* 1. *de jurisdic.* p. 15 et 17.

Par une constitution de Justinien, lorsque les facultés des pupilles pubères ou impubères n'excédaient pas cinq cents sous, il n'était pas nécessaire d'attendre que les présidens leur nommassent eux-mêmes des tuteurs ou des curateurs; les magistrats municipaux, avec le concours de l'évêque, pouvaient leur en donner.

III. Mais il n'y avait que ceux à qui la loi en avait accordé le droit, qui pussent donner des tuteurs; « car aucun autre ne pourra donner un tuteur, même par mandat du président (1) ».

§. II. *A qui les magistrats peuvent donner des tuteurs et des curateurs.*

IV. « Il n'est permis au président de la province de donner des tuteurs qu'aux individus de sa province, ou qui y font leur domicile ».

Cependant quand il s'agit de donner des tuteurs à un pupille qui a divers biens séparés, et pour chacun de ces biens, les magistrats de chacun des lieux où ces biens sont situés, peuvent régulièrement les lui donner.

D'où suit que « le préteur peut donner un tuteur pour les biens de Rome, et le président pour ceux de sa province, au pupille qui a des biens situés à Rome et dans cette province ».

Ce qui est conforme à ce que dit Antonin dans un rescrit. « Les magistrats de la ville d'où vos enfans tirent leur origine par leur père, ou qui ont leur résidence aux lieux où sont situés leurs biens, auront soin de leur donner des tuteurs ou des curateurs, suivant la forme qui y est en usage; mais s'ils ne possèdent rien dans la province où ils demeurent, et dont ils ne sont point originaires, ils se retireront dans leur patrie, et où sont leurs biens, et on leur y donnera des défenseurs légitimes ».

§. III. *Qui peut être donné pour tuteur ou curateur par le magistrat, et combien il en peut donner.*

V. Le magistrat ne peut pas donner pour tuteur ou curateur surtout celui qui en est incapable.

C'est pourquoi « le magistrat doit savoir qu'il ne peut pas donner à des mineurs des femmes pour curatrices ».

VI. Les magistrats ne peuvent non plus donner pour tuteurs que ceux qui sont soumis à leur juridiction.

C'est pourquoi « il est certain en droit que ni le président de la province, ni les magistrats municipaux, ne peuvent donner

(1) Car le magistrat ne peut déléguer que les pouvoirs qu'il tient de sa juridiction, et ne peut pas déléguer ceux qu'il tient d'une loi spéciale. *l.* 1 *et* 2. *ff. sur les fonctions de ceux dont la juridiction leur était déléguée par mandat.* Voy. ci-dessus, *liv.* 2, au titre *de la juridiction*, *n.* 15 et 17.

lium ubi nominatur habentem, jure dari posse ab eo cujus jurisdictioni subjectus non est, certissimi juris est. Neque cessatio injuncti perperam officii ad periculum ejus pertinet ». *l.* 5. *cod.* 5. 34. *qui dare tutor.* Diocl. et Maxim.

Hinc, « Divi Marcus et Verus Cornelio-Proculo : « *Si quando* » desint in civitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videan» tur esse tutores, officium sit magistratum inquirere ex vicinis » civitatibus honestissimum quemque, et nomina præsidi provin» ciæ mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare ». *l.* 24. Paul. *lib.* 9. *resp.*

Item rescriptum alibi iterum refertur : « Si quando desint in civitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur, officium est magistratuum exquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, et nomina præsidibus provinciæ mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare ». *l.* 1. §. 10. *ff.* 27. 8. *de magist. conven.* Ulp. *lib.* 37. *ad ed.*

Sed et eum qui suæ jurisdictioni subditus est, magistratus ex certis causis non debet tutorem vel curatorem dare.

V. G. αλλα καν, etc. (id est), « sed et si quis a parentibus prohibitus fuerit tutor esse, hunc neque creare oportet; et, si creatus sit, nec recursaverit, prohiberi eum esse tutorem, manente επιτιμια (1) ». *sup. d. l.* 21. §. 2.

Et quidem sufficit ut per consequentias hæc prohibitio inducatur. Hinc εαν μητηρ, etc. (id est), « si mater sub hac conditione rescripserit filios heredes, si soluti patris potestate fuerint; solutis his et propter hoc heredibus ipse pater curator creari non poterit, etiamsi voluerit ut non alia via hoc quod noluit testatrix, fiat. Et hoc ita a Divo Severo promulgatum est ». *d. l.* 21. §. 1.

VII. Item τους εν πρεσβεια, etc. (id est) « eos qui in legatione sunt, ne creent tutores vel curatores magistratus, quia per id tempus quo in legatione sunt, periculum ad eos non pertinet». *d. l.* 21. §. 3.

Igitur εαν επαρχιακον, etc. (id est) « si provincialem (2) hominem in legatione existentem Romanus princeps (3) dederit tutorem, dimittetur ». *d. l.* 21. §. 5.

---

(1) Id est, *existimatione* illæsa; absquè infamia.

(2) Male vulgo vertunt *præfectorium* hominem. Gothofredus quem secutus sum, recte notat vertendum *provincialem;* scilicet eum cui, quum ex provincia esset, Romam legatus venit.

(3) Legendum *Romanus magistratus :* non enim a principe dabantur tutores. Vid. Duaren. ad *h. tit. cap.* 3.

pour tuteurs, l'un, celui qui est né dans une autre province; les autres, celui qui n'a point de domicile dans leur ville, et se trouve placé hors de leur juridiction : comme aussi, que le tuteur qu'ils auraient donné ne peut pas être responsable de ce qu'ils ont fait sans droit ni qualité, à son égard ».

C'est pourquoi « les empereurs Marcus et Verus disent dans un rescrit adressé à Cornelius-Proculus : « Si dans la ville d'où les » pupilles sont originaires, il ne se présente personne qui paraisse » avoir une solvabilité suffisante pour être leur tuteur, les magis- » trats feront d'office les recherches nécessaires pour leur en trou- » ver dans les villes voisines, et enverront leurs noms au président » de la province; mais ils ne s'arrogeront pas le droit de les ins- » tituer eux-mêmes ».

On rapporte encore un autre rescrit où ils disent : « S'il arrive qu'on ne trouve pas dans la ville où les pupilles ont pris naissance, des personnes qui n'ont pas une solvabilité suffisante pour être leurs tuteurs, les magistrats pourront en chercher de plus solvables dans les villes voisines, et en feront parvenir les noms au président de la province; mais ils ne s'arrogeront pas le droit de les instituer eux-mêmes ».

Il est même certains cas où le magistrat ne doit pas donner pour tuteur l'individu qui est de sa juridiction.

Par exemple, « il ne doit pas donner pour tuteur celui que les parens du pupille ont déclaré vouloir repousser; et s'il l'a nommé, et qu'il ne se soit pas fait dispenser, il doit l'empêcher d'administrer, sans le noter d'infamie (1) ».

Il suffit même que cette volonté de parens soit implicitement énoncée. C'est pourquoi « si une mère a institué ses fils héritiers sous la condition qu'ils seraient émancipés, cela suffira pour que le magistrat ne puisse leur donner leur père pour curateur après leur émancipation; ce qui serait faire équivalemment ce que la testatrice n'a pas voulu, et contrevenir à la défense de l'empereur Sévère ».

VII. Et « il est défendu aux magistrats de donner pour tuteurs ou curateurs ceux qui sont envoyés en députation, parce qu'ils ne peuvent être responsables des risques à courir pendant leur députation ».

Or donc, « si un magistrat romain a donné pour tuteur (2) un homme de province alors en députation à Rome (3), ce député sera déchargé de la tutelle ».

---

(1) C'est-à-dire, sans blesser sa réputation.

(2) C'est mal-à-propos qu'on lit *præfectorium hominem*. Godefroy que j'ai suivi, observe qu'il faut lire *provincialem*, c'est-à-dire, celui qui étant d'une province, a été député à Rome.

(3) Il faut lire *romanus magistratus*; car le prince ne donnait aucune espèce de tuteurs. Voy. Duaren, sur le même titre.

Item de cæteris qui publice occupati sunt, dictum putat.

VIII. οὐκ ἔξεστιν, etc. (id est) « non potest curator esse sponsæ (1) sponsus, ut senatus dicit; creatus autem talis, absolvetur ». *l.* 1. §. *fin. ff.* 27. 1. *de excus.* Modest. *lib.* 1. *excus.*

Pariter Alexander : « Maritus, etsi rebus uxoris suæ debet affectionem, tamen curator ei creari non potest ». *l.* 2. *cod.* 5. 34. *qui dar. tut. poss. etc.*

Pariter non poterit socer esse curator suæ nurus. Hinc Valerianus et Gallienus : « Licet orationis sub D. Marco habitæ verba deficiant (2), is tamen qui post contractas nuptias nurui suæ curator datur, excusare se debet, ne manifestam sententiam ejus offendat, et labem pudoris contrahat ». *l.* 17. *cod.* 5. 62. *de excusat. tut.*

Hanc autem labem vitabunt, si se non immisceant. Hinc Antoninus : « Amplissimi ordinis consulto, qui pupillam suam uxorem ducit, nuptias contrahere non intelligitur; et tamen infamis constituitur. Sed si tu Demetriæ, quum eam in matrimonio haberes, absens et ignorans curator constitutus es, potes esse securus, dum tamen alius substituatur (3). Non enim debet ignorantiæ maritorum, amplissimi ordinis consulto fraus quæri ». *l.* 4. *cod. d. t. de excus. tut.*

IX. « Etiam municeps (4) tutor dari potest, modo municipi detur ». *l.* 10. *ff.* 26. 1. *de tutel.* Ulp. *lib.* 2. *ad ed.*

Ex constitutione autem Valentiniani, Thodosii et Arcadii « ge-

---

(1) Cujacius ad *h. l.* putat *sponsam* et *sponsum* in hac lege pro *uxore* et *marito* accipi oportere. Ut ut sit, non est dubium non solum maritum uxoris, sed nec sponsum sponsæ tutorem aut curatorem esse posse; quum tam sponsalia quam nuptiæ inter tutorem curatoremve et pupillam aut adultam prohibeantur, supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de ritu nupt. part.* 2. *sect.* 3. *art.* 4. §. 1.

(2) Intelligit senatusconsultum factum sub Marco et Commodo, de quo in nota præced. Hujus senatusconsulti *verba* hic *deficiunt*; quum vetet tantum ne curator adultam suam ducat, non autem expresse *ne* quis uxori suæ curator detur. Attamen id etiam vetare intelligendum est, quum par sit utrobique ratio, ne curator rationibus reddendis se subducat.

(3) Ratio differentiæ evidens. Quum curator adultam suam ducit, factum ipsius vertitur quod pœnæ legis subjacet At quum quis uxori curator datur, non ipsius, sed magistratus factum est : proindeque maritus non debet puniri, modo tamen se excuset ab hoc munere.

(4) Hæc vulgata lectio rectior Florentina, in qua legitur cum negatione *non municeps*. Sensus est, municipem (id est, curialem) posse dari tutorem, sed duntaxat curiali; a cæterorum tutelis habere excusationem.

Il en sera de même à l'égard de tous ceux qui remplissent des emplois publics.

VIII. « Un fiancé ne peut pas être donné pour curateur à sa fiancée (1), comme le dit le sénatus-consulte; et s'il l'a été, on le déchargera de cette curatelle ».

Alexandre dit aussi, « encore qu'un mari doive s'intéresser aux affaires de sa femme, il ne peut cependant pas lui être donné pour curateur ».

Un beau-père ne peut pas non plus être curateur de sa bru. C'est pourquoi Valérien et Gallien disent : « Quoique le sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle n'en dise rien (2), l'individu qui, après son mariage, est donné pour curateur à sa bru, doit demander à être dispensé de cette curatelle, pour ne pas blesser l'esprit de ce sénatus-consulte, et éviter le blâme qu'il pourrait encourir ».

Mais il l'évitera en cessant de s'immiscer dans les affaires de sa bru. C'est pourquoi Antonin dit : « D'après le sénatus-consulte, celui qui a épousé sa pupille étant censé n'avoir pas contracté de mariage, a cependant encouru l'infamie : mais si, en votre absence et à votre insu, vous avez été fait curateur de Démétria que vous aviez épousée, vous n'avez rien à craindre, pourvu que vous vous fassiez remplacer par un autre (3); car on ne doit pas penser que le sénatus-consulte ait voulu faire un crime aux maris de ce qu'ils ont ignoré ».

IX. « Un magistrat municipal peut aussi être donné pour tuteur (4), pourvu que ce soit à une personne du même état ».

Mais d'après la constitution de Valentinien, Théodose et Ar-

---

(1) Cujas, sur cette loi, pense qu'il faut ici entendre par le fiancé et la fiancée, le mari et la femme. Quoiqu'il en soit, il est certain que non-seulement le mari ne peut être ni le tuteur ni le curateur de sa femme, mais encore que le fiancé ne peut point non plus être le tuteur de sa fiancée, puisque ni le tuteur ni le curateur ne peuvent épouser celles dont ils gèrent la tutelle ou la curatelle. Voyez *liv.* 23, le titre qui traite *de la célébration des noces*, *part.* 2, *sect.* 3, *art.* 4, §. 1.

(2) Il entend le sénatus-consulte rendu sous Marc et Commode, dont on a parlé dans la note précédente. Ce même sénatus-consulte ne s'explique pas sur ce point, puisqu'il défend seulement au curateur d'épouser celle dont il gère la tutelle, sans dire que le mari ne sera pas curateur de sa femme ; mais il est censé le défendre également, puisque le motif qui s'oppose à ce que le curateur ne se soustraie au compte de sa tutelle, milite également pour l'un et l'autre cas.

(3) La raison de la différence est évidente. Lorsqu'un curateur épouse celle dont il gère la curatelle, il fait ce que la loi lui défend sous une peine ; et quand un mari est donné pour curateur à sa femme, c'est le fait du magistrat, et non le sien. Il ne peut donc être puni qu'à raison du refus qu'il n'aurait pas fait de l'être.

(4) Cette leçon commune vaut mieux que la leçon florentine, qui porte *non municeps*. Le sens est qu'un magistrat municipal, c'est à-dire, curial, peut être tuteur, mais seulement d'un autre curial, et qu'il est fondé à refuser la tutelle de tout autre.

nerali lege, prospectum est ne qui ad illustrium senatorum tutelam curialibus occupati necessitatibus (1) vocentur ». *l.* 2. *cod.* 5. 33. *de tutor. vel curat. illust.*

X. Denique, « prætor ipse se tutorem dare non potest (2), sicut nec pedaneus (3) judex, nec compromissarius, ex sua sententia fieri potest ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 9. *ad l.* Jul. et Pap.

Et alibi : « Prætor neque tutorem, neque specialem judicem ipse se dare potest ». *l.* 4. *ff.* 1. 14. *de offic. prætor.* Ulp. *lib.* 1. *de omnib. tribun.*

Item, « præses provinciæ non magis tutorem quam specialem judicem ipse se dare potest ». *l.* 5. *ff.* 1 17. *de offic. præsid. ibid.*

Non potest quidem magistratus se ipsum tutorem dare, sed collegam suum dare potest. Et « collegarum appellatione hi continentur, qui sunt ejusdem potestatis ». *l.* 173. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Ulp. *lib.* 39. *ad. Sab.*

Igitur « magistratus municipalis collegam suum quin dare tutorem possit, non est dubium (4) ». *l.* 19. §. 1. Paul. *lib.* 16. *ad Plaut.*

Quinetiam, « decreto decurionum et ipsum magistratum (5) curatorem dari potuisse respondi ». *l.* 3. *ff.* 26. 6. *qui petant tutor.* Paul. *lib.* 10. *resp.*

XI. Nil refert autem an æqualis, an inæqualis dignitatis sint pupillus et tutor qui ipsi datur.

Nam [illegible] μη, etc. (id est) « et qui non sunt consiliarii vel senatores, consiliariorum vel senatorum filiis tutores creantur : sicut et consiliarii vel senatores his qui non sunt ex consiliariis vel senatoribus ». *l.* 22. Modest. *lib.* 5. *excus.*

XII. Item dari potest tutor, et qui jam pro alio tutore huic pupillo tenetur : ut patet ex specie sequenti.

---

(1) Et quidem ob has ipsas *necessitates*, per quas tutelæ tam negotiosæ vacare non possent.

(2) Atqui apud se emancipare potest? Disparitas est quod in emancipatione nihil est quod magistratus cognoscat; sufficit ut velit emancipare : in tutoris datione cognoscere debet magistratus an is quem tutorem dat, is sit quem magis expediat pupillo dari. Igitur si se daret tutorem, esset cognitor rei suæ : quod esse non debet. Hinc est quod, quamvis magistratus minor viginti-quinque annis possit apud se manumittere, tamen debet apud collegam causam probare, non apud se.

(3) Id est, sicut magistratus non posset seipsum delegare judicem.

(4) Verum cogi non poterit, utpote suo magistratu excusatus. Cujac. *observ.* 7. 17.

(5) Municipalem scilicet, id est, duumvirum.

cade, « il a été pourvu par une loi générale à ce que ceux qui remplissent les charges de décurions ne pussent pas être donnés pour tuteurs à des personnes sénatoriales (1) ».

X. Enfin, « le préteur ne peut pas plus se donner lui-même pour tuteur (2), qu'un juge pédané (3) ou constitué par compromis ne le pourrait en vertu de sa propre décision ».

On lit encore ailleurs « que le préteur ne peut se donner lui-même ni pour tuteur ni pour juge spécial ».

« Le président d'une province ne peut non plus se donner lui-même ni pour tuteur ni pour juge spécial ».

A la vérité, un magistrat ne peut pas se donner lui-même pour tuteur, mais il peut donner son collègue; et « on entend ici par *collègues* tous ceux qui sont revêtus de la même autorité ».

Ainsi « il n'est pas douteux qu'un magistrat municipal ne puisse donner son collègue pour tuteur (4) ».

Et même « j'ai répondu qu'un magistrat (5) pouvait être donné pour tuteur par un décret de décurions ».

XI Il est pareillement indifférent que le tuteur donné soit d'une condition égale ou inégale à celle de son pupille.

Car « ceux qui ne sont ni conseillers ni sénateurs, peuvent être donnés pour tuteurs aux enfans de sénateurs et de conseillers, comme des conseillers et des sénateurs peuvent être donnés aux enfans de ceux qui ne sont revêtus ni de l'une ni de l'autre dignité ».

XII. On peut aussi donner pour tuteur celui qui s'est déjà engagé pour un autre tuteur envers son pupille, comme on va le voir dans l'espèce suivante.

---

(1) A raison de leurs fonctions qui les empêcheraient de vaquer à de pareilles tutelles.

(2) Cependant il peut émanciper lui-même. La différence est que le magistrat n'est appelé à connaître de rien dans cette émancipation, et qu'il suffit qu'il veuille émanciper; au lieu que pour donner un tuteur, il doit juger que l'individu qu'il veut donner est celui qui convient le mieux au pupille. Si donc il se donnait lui-même, il jugerait dans sa propre cause; ce qui ne peut pas être permis. C'est pourquoi, encore bien qu'un magistrat, âgé de moins de vingt-cinq ans, puisse affranchir lui-même, il doit cependant faire juger les motifs de cet affranchissement par son collègue, et ne peut les juger lui-même.

(3) C'est-à-dire, comme un magistrat ne peut se déléguer lui-même comme juge.

(4) Mais il ne peut pas être forcé d'accepter la tutelle, en étant exempt par le privilége de sa magistrature. Cujas, *observ.* 7, 17.

(5) Municipal, c'est-à-dire, un duumvir.

Romanius-Appulus ab judice appellaverat, dicens se non debuisse dari in tutela collegam ei quem ipse (quum magistratus esset) nominasset suo periculo, ne in una tutela duplex periculum sustineret. Decrevit Imperator : posse quem et fidejussorem pro tutore esse, et nihilominus tutorem dari. Itaque detentus est in tutela ». *l.* 28. Paul. *lib.* 2. *decretor.*

XIII. Vel unicus, vel etiam « simul plures tutores dari possunt, *l.* 23. Modestin. *lib.* 4. *Pandect.*

§. IV. *Quæ requirantur nec ne circa modum dandi tutoris?*

XIV. Ut tutor recte datus sit, illud potissimum requiritur, ut magistratus intelligat quid agat.

Unde, « si prætor vel præses provinciæ in furore aut dementia constitutus dederit tutorem, non puto valere. Quamvis enim prætor vel præses sit, nec furor ei magistratum abroget, attamen datio nullius erit momenti ». *l.* 8. §. 1. Ulp. *lib.* 8. *de omnibus tribunalibus.*

XV. Non dissimili ratione requiritur ut magistratus circa personas et circa causam dandi tutoris non erret.

Hinc, « tutor si petitus fuerit habenti, et absente eo, quasi non habenti datus sit, datio nulla est. Nam (1), et quoquomodo in petitione tutoris si erratum fuerit in facti causa, maxime post constitutionem divorum fratrum, non valet tutoris datio ». *l.* 10. Marc. *lib.* 5. *regul.*

XVI. Circa modum dandi tutoris requiritur etiam ut datio nulla conditione suspendatur. Enimvero « sub conditione a præsidibus provinciarum non posse dari tutorem placet (2); et, si datus sit, nullius esse momenti dationem. Et ita Pomponius ait ».

« Hanc autem adjectionem, quam præsides provinciarum faciunt, tutorem do, *si satisdederit;* non conditionem in se habere, sed admonitionem non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit:

(1) Sensus est : nec ideo solum, quia jam tutorem habenti tutor datus est, datio nulla est : sed vel ex eo solo quod erratum fuerit. *Nam quoquomodo, etc.* Quænam autem sit illa *divorum fratrum constitutio* cujus hic meminit jurisconsultus, non satis certum.

(2) Et in hoc dativi differunt a testamentariis. Cæterum hoc commune est actibus legitimis, ut diem et conditionem non recipiant.

« Romanius-Appulus avait appelé d'un jugement, prétendant qu'il n'avait pu être donné pour collègue, dans une tutelle, à ceux qu'il avait nommés à ses risques et périls lorsqu'il était magistrat, parce qu'il ne devait pas courir un double danger dans la même tutelle. L'Empereur décida que la même personne pouvait être garant d'un tuteur, et néanmoins être donnée pour tuteur. C'est pourquoi Romanius fut maintenu dans la tutelle ».

XIII. On peut ne donner qu'un seul tuteur; mais « on peut aussi en donner plusieurs en même tems ».

§. IV. *De ce qui est ou n'est pas requis par rapport à la manière de donner un tuteur.*

XIV. Pour qu'un tuteur soit régulièrement donné, il faut surtout que le magistrat qui le donne comprenne ce qu'il fait.

C'est pourquoi « si le préteur ou le président de la province avait, depuis qu'il était atteint de folie ou de démence, donné un tuteur, je pense que ce tuteur ne serait pas régulièrement donné, parce que, bien que sa folie ne l'empêche pas de rester préteur ou président, elle n'en est pas moins un obstacle à ce qu'il puisse exercer validement ses fonctions ».

XV. Il faut, par la même raison, que le magistrat ne se trompe pas par rapport aux personnes qu'il donne pour tuteurs, non plus que par rapport au raisons pour lesquelles il les donne.

C'est pourquoi « si l'on a demandé un tuteur pour un pupille qui en avait déjà un, mais qui était absent, comme s'il n'en eût point eu, il lui aura été inutilement donné, parce que (1), surtout depuis la constitution des deux frères, de quelque manière qu'un tuteur ait été demandé, on l'aura inutilement donné, s'il l'a été avec erreur en fait ».

XVI. Il est encore requis, par rapport à la manière de donner un tuteur, qu'il soit donné sans aucune condition. En effet, « il a été décidé que les présidens des provinces ne pourraient pas donner un tuteur sous condition (2), et que s'ils en avaient donné de cette manière, cette nomination serait nulle et de nul effet. C'est ce que dit aussi Pomponius ».

» Quand les présidens des provinces, en donnant un tuteur, ajoutent la clause *s'il fournit caution*, ils n'entendent pas le donner conditionnellement, mais seulement avertir qu'il ne sera point

(1) Le sens est qu'un tuteur a été inutilement donné, non-seulement parce qu'il a été donné à un individu qui en avait déjà un, mais encore par cela seul qu'il y a eu erreur, attendu que, de quelque manière, etc. Mais on ne sait pas bien quelle est cette constitution des deux frères, dont il est parlé en cet endroit.

(2) Et en cela les tuteurs datifs diffèrent des tuteurs testamentaires; mais ce qui est commun à tous les actes légitimes, c'est de ne contenir ni terme ni condition.

hoc est, non aliter ei gerere permittendum, quam si *rem* salvam fore caverit ». *l.* 6. §. 1. *ff.* 26. 1. *de tut.* Ulp. *lib.* 38. *ad Sab.*

XVII. Denique requiritur circa modum dandi tutoris, ut causa cognita, et decreto pro tribunali interposito, magistratus tutores curatoresve det, ut vid. supra *n.* 1.

Peculiare est illustribus personis quod, quum ipsis tutores dantur, prætor qui tutelaribus cognitionibus præsidet, præfectum urbi et decemviros in senatu adhibere debet, quorum consiliis creet ipsis ex quolibet ordine tutores. *l.* 1. *cod.* 5. 33. *de tutor. illust.*

XVIII. « Dari tutor omni (1) die poterit ». *l.* 8. §. 2. Ulp. *lib.* 8. *de omnib. tribunalib.*

XIX. In tutoris datione, neque ejus qui datur, neque pupilli præsentia requiritur. Nam « illud semper constitit, præsidem posse tutorem dare tam absentem quam præsentem, et tam præsenti quam absenti ». *l.* 5. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. Prov.*

« Nec non ignoranti et invito ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 8. *de omnib. tribunalib.*

Hinc quærunt jurisconsulti, quis absens, quis præsens videatur? Scilicet qui extra continentia urbis est, abest; cæterum usque ad continentia, non abesse videbitur ». *l.* 173. §. 1. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Ulp. *lib.* 29. *ad Sab.*

Et rursus : « Absentem accipere debemus eum qui non est eo loci in quo loco petitur. Non enim trans mare absentem desideramus. Etsi forte extra continentia urbis sit, abest. Cæterum usque ad continentia, non abesse videbitur si non latitet (2) ». *l.* 199. *ff. d. tit.* (3) Ulp. *lib.* 8. *de omnib. tribunalib.*

Item « abesse non videtur qui ab hostibus captus est (4), sed qui a latronibus detinetur ». *d. l.* 198. §. 1.

§. V. *De officio magistratus qui dat tutores aut curatores.*

XX. Officium magistratus qui tutores aut curatores dat, potis-

(1) Etiam feriato. Et hoc commune est omnibus actibus voluntariæ jurisdictionis.

(2) Pro absente enim habetur qui latitat, etsi sit in medio foro.

(3) Hanc legem 199, censet Cujacius huc pertinere : quod colligit ex inscriptione *de omnibus tribunalibus*, proindeque et legem 173. §. 1. supra, quæ idem continet etsi cum diversa inscriptione.

(4) Nec enim tutor dari potest captivus, nec ei tutor dari, quum civitatem amiserit.

admis à administrer les biens du pupille jusqu'à ce qu'il ait fourni caution de ce qu'il pourrait avoir reçu pour le pupille ».

XVII. Il faut enfin, pour que le magistrat donne régulièrement un tuteur ou curateur, qu'il le donne en connaissance de cause, et par un décret prononcé séance tenante sur son tribunal, comme on l'a vu *n.* 1.

Par un privilége propre aux personnes illustres, le préteur, pour leur donner des tuteurs, est obligé de s'adjoindre le préfet de la ville et dix membres du sénat, afin de les leur donner d'après les conseils de ces magistrats, de quelque ordre ou rang que soient les tuteurs.

XVIII. « N'importe quel soit le jour où un tuteur a été donné (1) ».

XIX. On peut donner un individu pour tuteur en son absence et en celle du pupille; car « il a toujours été constant que le président pouvait donner un absent pour tuteur, et même en l'absence du pupille ».

« Il peut même le donner à l'insu et sans le consentement du pupille ».

C'est pourquoi les jurisconsultes examinent qui est censé absent ou présent, et décident que « celui qui est hors des faubourgs de la ville est absent, et que celui qui n'en est pas hors est censé être présent ».

Il est encore dit ailleurs : « On doit entendre par *absent* celui qui n'est pas dans le lieu où il est demandé; car il n'est pas nécessaire, pour être réputé absent, d'être au-delà des mers. Si donc un homme est hors des limites de la ville, il est absent; mais autrement il ne l'est pas, pourvu qu'il ne se cache pas (2) », d'après la *l.* 199. *ff. d. tit.* (3).

« On ne répute pas non plus absent celui qui a été pris par les ennemis (4); mais il en est autrement de celui qui l'a été par des brigands ».

§. V. *Des devoirs du magistrat qui donne des tuteurs ou des curateurs.*

XX. Le devoir du magistrat qui donne des tuteurs ou des cura-

(1) Quand ce serait un jour de fête ; et cela est commun à tous les actes de la juridiction volontaire.

(2) Car celui qui se cache est réputé absent, quand il serait au milieu de la place publique.

(3) Cujas pense que cette loi 199 concerne cette matière, à cause de l'inscription *de omnibus tribunalibus*, ainsi que la loi 173, §. 1, ci-dessus citée, qui dit la même chose, nonobstant la différence de l'inscription.

(4) Car un captif ne peut pas être donné pour tuteur, non plus qu'on ne peut lui en donner un, parce qu'il a perdu dans cet intervalle le droit de cité.

simum versatur circa inquisitionem quam habere debet de iis quos necessarii pupilli proponunt ut eis tutelam deferat.

Et quidem προς τοις λοιποις, etc. (id est) « cum reliquis oportet magistratum et mores creandorum investigare : neque facultates enim, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona actio vel voluntas et benigni mores ». *l.* 21. §. 5. Modestin. *lib.* 1. *excusat.*

Δια παντος, etc. (id est) « semper autem maxime hoc observent magistratus, ne creent eos qui se ipsos volunt ingerere ut creentur, quique pecuniam dant : hos enim et pœnæ obnoxios esse lege promulgatum est ». *d. l.* 21. §. 6.

XXI. « Si peregre agant qui tutores vel curatores dati sunt, ut intra diem trigesimum notum his a magistratibus fiat, Divus Marcus rescripsit ». *l.* 29. Paul. *lib. sing. de cognit.*

ARTICULUS II.

De pluribus singularibus speciebus tutorum et curatorum, qui impuberibus a magistratu dantur, nec non de adjutoribus tutelæ.

XXII. Variæ sunt species tutorum et curatorum qui impuberibus a magistratu dantur.

Primo enim dantur a magistratu, quum deficit tam testamentaria quam legitima tutela. Sed etsi testamentaria tutela ipso jure non deficiat, (testamentarius vero tutor effectu tutor non sit), puta excusatus sit aut remotus, datur in ejus locum a magistratu tutor : nec legitimæ tutelæ hoc casu locus est ; ut vid. supra *tit.* 26. 4. *de legit. tutor. n.* 13 et 15. Et hi quidem tutores, sunt usque ad pubertatem tutores.

2°. Est alia tutorum dativorum species ; scilicet temporariorum, qui a magistratu ad tempus dantur : puta donec speratur testamentarius tutor : ut vid. *lib.* 26. *d. tit.* 4. *de legit. tut. n.* 14.

Item, « quum quidam tutores dati appellassent, quidam autem non adessent, Divus Pius rescripsit dandum temporarium tutorem qui tutela fungeretur ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Hi tutores ad omnem tutelam tutores sunt.

3°. Est autem alia dativorum tutorum species, qui pupillo jam tutorem habenti ad certas causas dantur. Sed et curatores a magistratu pupillis dantur ad certas causas. Dantur etiam pupillis curatores ad omnem rem, qui tutoribus ipsorum adjunguntur : denique, interdum permittitur tutoribus ut actores tutelæ suo periculo constituant.

De hac tertia tutorum et curatorum dativorum specie hic agen-

teurs, consiste principalement dans les informations qu'il doit prendre à l'égard des individus que les parens du pupille lui proposent de donner pour tuteurs.

A la vérité, « il faut, entr'autres choses, que le magistrat examine qu'elle est la moralité de ceux qu'il doit donner pour tuteurs; mais cela ne suffit pas plus qu'il ne suffit d'examiner s'ils sont solvables, ou quelle est leur condition, pour qu'il ait rempli son devoir en les donnant ».

« Le magistrat doit aussi surtout observer de ne pas nommer pour tuteurs ceux qui s'offrent eux-mêmes ou donnent de l'argent pour l'être; car la loi inflige des peines contre eux ».

XXI. « Si ceux qui ont été donnés pour tuteurs ou curateurs font un long voyage, les magistrats doivent en être instruits dans trente jours, dit un rescrit de Marc-Aurèle ».

ARTICLE II.

De plusieurs espèces particulières de tuteurs et de curateurs qui sont donnés aux impubères par le magistrat, et de leurs adjoints.

XXII. Il y a plusieurs espèces de tuteurs et de curateurs que le magistrat donne aux impubères.

1°. Le magistrat leur en donne dès que la tutelle testamentaire et la tutelle légitime n'ont pas lieu à leur égard; et quand la tutelle testamentaire aurait eu lieu, si par le fait ils n'ont point de tuteur testamentaire, c'est-à-dire, s'il s'est fait dispenser ou destituer, le magistrat leur en donne un autre; car il n'y a pas lieu dans ce cas à la tutelle légitime, comme on l'a vu ci-dessus au titre qui traite *des tuteurs légitimes*, *n.* 13 *et* 15; et ces tuteurs le sont jusqu'à la puberté des pupilles.

2°. Il y a une autre espèce de tuteurs datifs; c'est celle des tuteurs que le magistrat donne pour un tems, par exemple dans l'attente d'un tuteur testamentaire, comme on l'a vu au titre *de la tutelle légitime*, *n.* 14.

De plus, « comme il y avait des tuteurs donnés qui appelaient du jugement, et d'autres qui ne se présentaient pas, Antonin-le-Pieux ordonna par un rescrit de donner dans ces cas un tuteur temporaire qui gérât la tutelle dans l'intervalle ».

Ces tuteurs l'étaient pour toutes les affaires.

3°. Il y a encore une troisième espèce de tuteurs datifs; ce sont ceux qu'on donne pour certaines causes au pupille qui en a déjà un : mais le magistrat donne aussi aux pupilles des curateurs pour certaines causes ou pour toutes leurs affaires, lesquels sont adjoints à leurs tuteurs. Quelquefois enfin on permet aux tuteurs de prendre des agens qui gèrent la tutelle pour eux et à leurs risques et périls.

C'est de cette troisième espèce de tuteurs et de curateurs datifs

dum : et primo de tutoribus et curatoribus qui ad certas causas dantur, deinde de curatoribus qui pupillis ad omnem rem dantur, et de actoribus tutelæ.

§. I. *De tutoribus aut curatoribus qui ad certas causas tutorem habenti dantur.*

XXIII. Quamvis regulariter tutorem habenti tutor dari non possit, datur tamen ad eas causas ad quas tutoris auctoritas necessaria est, quum tutor, quem jam habet, eam interponere non potest.

V. G. 1°. « Impuberi ad hereditatem adeundam (1) ut tutor detur, ex causa (2) permissum est ». *l.* 9. Marcian. *lib.* 9. *inst.*

2°. « Item quum ad restitutionem hereditatis petendam necessaria quoque sit tutoris auctoritas, hinc in specie sequenti, pupillo (quamvis legitimum tutorem patronum habeat) tutor datur. Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit, et institutus adire nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum : ut tamen pupillo pupillæve tutor ab eo cui jus dandi erit, detur (3), qui tutelam retineat quoad restituatur hereditas, et *rem salvam fore* ab herede caveatur. Postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit (4), rescripsit ». *l.* 13. Pap. *lib.* 11. quæst.

3°. Denique « moribus tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore suo lege (5) aut legitimo (6) judicio agere vult, ut, auctore eo agat (ipse enim tutor, in rem suam auctor fieri non potest),

(1) Omnes legis actiones, omnes actus legitimi, per alium non poterant explicari. Porro aditio hereditatis erat actus legitimus. Igitur pupillus cui delata esset hereditas, eam ipse adire debebat, et ad hunc actum ipsi necessaria erat alicujus tutoris auctoritas.

(2) Scilicet si tutor quem jam habet, propter absentiam, aliamve causam, hanc auctoritatem interponere non posset.

(3) Nimirum postquam ab herede qui coactus adiverit, fuerit manumissus : nec enim tutor dari potest nisi libero. Datur autem ipsi tutor quamvis patronum (heredem a quo manumissus est) legitimum tutorem habeat : sed quia heres ille in negotio restitutionis hereditatis, quod proprium ipsius negotium est, auctor pupillo esse non potest; datur ad hanc causam alius tutor.

(4) Quamvis filios patroni a quibus ipsi restituenda est hereditas, legitimos tutores habeat.

(5) *Lege agere* latius patet quam *agere legitimo judicio ;* nam et sine judicio *lege* agi potest. Vid. præfat. *part.* 1. *cap.* 1. §. 3.

(6) Id est, ordinario, secus in extraordinariis, ut vid. infra. Hæc ordinaria judicia postea in usu esse desierunt.

qu'il s'agit ici, et nous allons parler d'abord des tuteurs et des curateurs donnés pour certaines causes, ensuite des curateurs donnés aux pupilles pour toutes leurs affaires, et enfin des agens constitués par les tuteurs.

§. I. *Des tuteurs ou curateurs donnés pour certaines causes au pupille qui en a déjà un.*

XXIII. Bien qu'on ne puisse pas donner un second tuteur à celui qui en a déjà un, on lui en nomme cependant un second pour certaines causes dans lesquelles l'autorité d'un tuteur est nécessaire, et où le premier ne peut pas intervenir.

Par exemple, 1°. « lorsqu'un impubère doit accepter une succession (1), il a été permis de lui donner en connaissance de cause (2) un second tuteur ».

2°. « Comme il fallait aussi qu'un pupille fût autorisé par son tuteur pour demander la restitution d'une hérédité, on lui en donnait un second dans l'espèce suivante, encore qu'il eût son patron pour tuteur légitime. « Si la liberté et la succession étaient données par fidéicommis à un impubère, et que l'héritier ne voulût pas accepter la succession, le sénat avait décidé qu'on devait l'y forcer, lorsqu'on le demandait au nom de l'impubère; de manière cependant qu'il fût donné par qui de droit un tuteur (3) à ce pupille ou à cette pupille, lequel tuteur devait l'être jusqu'à la restitution de la succession, et exiger caution de l'héritier pour la conservation des biens. Ensuite l'empereur Adrien ordonna par un rescrit qu'on observât la même chose à l'égard de celui à qui la liberté directe avait été donnée (4) ».

3°. Enfin, « il est d'usage de donner un tuteur à une femme ou à un pupille qui se propose d'agir contre son tuteur en vertu de la loi (5) ou d'une action légitime (6), à l'effet de poursuivre sous son

(1) On ne pouvait exercer par un autre ni les actions de la loi, ni les actes légitimes : or, l'adition d'hérédité était un acte légitime. Le pupille devait donc acccepter lui-même la succession qui lui était déférée, et il fallait pour cela qu'il fût autorisé par un tuteur.

(2) C'est-à-dire, dans le cas où le premier tuteur ne pouvait pas l'y autoriser, parce qu'il était absent, ou par tout autre raison.

(3) C'est-à-dire, lorsque l'héritier forcé d'accepter la succession, l'aura affranchi, parce qu'on ne peut donner un tuteur qu'à un homme libre. On le lui donne, encore qu'il ait pour tuteur légitime son patron, par exemple, l'héritier qui l'a affranchi, parce que cet héritier ne peut pas l'autoriser à agir contre lui, c'est-à-dire, à demander contre lui la restitution de l'hérédité, et qu'il faut par conséquent lui donner un autre tuteur.

(4) Quoiqu'il ait pour tuteurs légitimes les fils de son patron, par qui l'hérédité doit lui être restituée.

(5) *Agir en vertu de la loi* a plus d'étendue que *agir en vertu d'une action légitime;* car on peut agir en vertu de la loi, sans avoir besoin de demander action, comme on l'a vu dans notre préface, *part.* 1. *chap.* 1. §. 3.

(6) C'est-à-dire, d'une action ordinaire; car il en serait autrement des actions extraordinaires, comme on va le voir. Ces actions ordinaires tombèrent par la suite en désuétude.

qui *prætorianus* tutor dicitur, quia a prætore urbis dari consuevit ». Ulp. *fragm. tit.* 11. § 24.

Quod « si plures tutores sint, a prætore curatorem (1) posci, litis causa, supervacuum est, quia altero (tutore) auctore cum altero agi potest ». *l.* 24. *ff. de testam. tutel.* 26. 2. Javol. *lib.* 5. *ex Cassio.*

Quum, ex novo jure, nulla amplius sint judicia legitima, sed omnia facta sint extraordinaria, non datur amplius tutor ad litem, sed curator.

XXIV. Circa hos tutores aut curatores ad litem quærit Ulpianus : « Si pupillus pupillave cum justo tutore, (tutorve cum eorum quo), litem agere vult, et curator (2) in eam rem petitur : utrum ipsis poscentibus datur, an vero et adversario ? Et sciendum est, sive agant, sive conveniantur, dari hunc curatorem posse : sed non alias quam si ipse petat cui dari eum oportet ».

« Denique Cassius (libro 6) scripsit : Talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem : neque cuiquam, nisi præsenti et postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idem Cassius ait : Si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum a prætore debuisse ». *l.* 3. §. 2. *ff. de tut.* 26. 1. Ulp. *lib.* 37. *ad Sab.*

Cæterum, « quolibet loco et tempore hunc curatorem dari posse, Pomponius, libro 16, ad Sabinum scripsit ». *d. l.* 3. §. 3.

XXV. « Possunt autem vel plures in plurium locum, vel unus (3) in plurium, vel unus unius loco, vel in unam litem, vel in plures curator (4) peti ». *l.* 4. §. 1. *ff. de tutel.* 26. 1. Paul. *lib.* 8. *ad Sabin.*

« Et, si Titius, verbi gratia, adversus Seium curator petitus sit, idem Titius adversus alium tutor dari poterit; ut ex diversis causis unus duorum curatorum locum obtineat : quod quidem

(1) Javolenus scripserat *tutorem*. Tribonianus substituit *curatorem;* ut legem accommodaret ad jus Justinianeum quo tutor non datur ad litem, sed curator : quum jam omnia judicia sint extraordinaria. Ita recte censet Heineccius, *lib.* 1. *antiq. rom. tit.* 21. *de autor. tut.*

(2) Ita substituit Tribonianus pro *tutor,* tam in hac lege, quam in cæteris quæ toto hoc §°. referuntur.

(3) Id est, non solum plures, sed etiam vel unus potest creari tutor ad lites in locum plurium tutorum diversorum pupillorum. Ratio dubitandi erat, quod posset videri difficile ut unus homo plurium vicem sustineret : ut dicitur in *l.* 9. *ff. lib.* 2. *tit.* 14. *de pactis.*

(4) Legendum, *tutor ;* ut supra *n.* præced. not. (2).

autorisation, parce qu'un tuteur ne peut pas autoriser à agir contre lui-même. Ce second tuteur est appelé *tuteur prétorien*, comme étant ordinairement nommé et donné par le préteur de la ville ».

Mais « s'il y a plusieurs tuteurs, il est inutile de demander ce curateur (1) au préteur pour autoriser le pupille dans cette instance, parce que l'un peut autoriser contre l'autre ».

Comme d'après le nouveau droit il n'y a plus d'action légitime, et qu'elles sont toutes extraordinaires, on ne donne plus de tuteurs pour autoriser à suivre une instance, mais on donne un curateur.

XXIV. Par rapport à ces tuteurs ou curateurs donnés à l'effet de suivre une instance, Ulpien examine « si, dans le cas où un pupille de l'un ou l'autre sexe, ou un de leurs tuteurs, veulent agir contre l'autre, il y a lieu à demander ce curateur (2); et si on le donne sur leur demande, ou s'il faut que l'adversaire le demande avec eux. Il faut savoir que, soit qu'ils actionnent ou qu'ils soient actionnés, il y a lieu à donner ce tuteur, mais qu'on ne le donne que sur la demande de celui à qui il faut le donner ».

Enfin, suivant Cassius, un pareil tuteur ne peut être donné qu'en sa présence et celle de l'individu qui le demande; d'où suit qu'il ne peut pas être donné à un enfant qui ne parle pas encore. Le même Cassius dit que si le pupille actionné ne veut pas demander ce curateur, le préteur doit l'y contraindre ».

Au reste, « Pomponius prétend qu'on peut donner ce curateur en tout lieu et en tout tems ».

XXV. On peut également demander plusieurs tuteurs en remplacement de plusieurs, un (3) à la place de plusieurs ou d'un seul, et pour une ou plusieurs affaires (4) ».

« Si, par exemple, on a demandé Titius pour curateur contre Seius, il pourra être donné tuteur contre un autre, pour que l'un des deux curateurs agisse dans des causes différentes; ce qui peut

---

(1) Javolenus avait dit *un tuteur*. Tribonien y substitua un curateur, pour faire concorder cette loi avec le droit de Justinien, d'après lequel on ne donnait pas un tuteur, mais un curateur, à l'effet de suivre les procès, parce que cet Empereur avait rendu toutes les actions extraordinaires. C'est ainsi que pense avec raison Heineccius.

(2) C'est ainsi que Tribonien a substitué le mot *curator* au mot *tutor*, tant dans cette loi que dans toutes celles de ce paragraphe.

(3) C'est-à-dire, non-seulement plusieurs, mais encore un seul tuteur peut être donné en remplacement de plusieurs tuteurs pour les affaires contentieuses de différens pupilles. La raison d'en douter était qu'il paraissait difficile qu'une personne en remplaçât plusieurs, comme il est dit *l. 9. ff. sur les pactes*.

(4) Il faut lire *tutor*, comme dans le numéro précédent, note (2).

et adversus eumdem accidet, si in diversas lites, in diversis temporibus idem petatur ». *l.* 15. §. 1. *d. tit.* Pomponius, *lib.* 17. *ad. Sab.*

At « quum semel petitus sit talis curator, quandiu is curator manebit, alius in eandem litem curator peti non potest ». *d. l.* 5.

Diximus curatorem vel in unam, vel in plures res peti posse. Illud autem quæritur : « Si pupillus petat talem curatorem, nec addat in quam rem, an in omnes controversias datus sit? Et ait Celsus, Servium constituisse in omnes res datum videri ». *sup. d. l.* 3. §. *fin. ff. de tut.* 26. 1.

Sed, « quod dicitur, si indistincte datus sit curator, in totam litem datum videri, fortasse eo spectat, si familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, aut finium regundorum actio esset cum tutore. Et si indistincte datus esset, non solum eo nomine curator esset quod ageret pupillus pupillave, sed invicem quoque quod cum his ageretur ». *l.* 4. *d. t.* Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

§. II. *De curatoribus qui tutoribus adjunguntur ad universam tutelæ administrationem; nec non de adjutoribus tutelæ, seu actoribus.*

XXVI. « In omnem rem curator dandus est in ejus tutoris locum qui reipublicæ causa abfuit ». *l.* 15. Paul. *lib.* 2. *ad ed.*

« Nec ille desinit tutor esse. Quod et in omnibus qui ad tempus excusantur, juris est ». *l.* 16. *ibid. lib.* 73.

At vero « curator pupillo vel pupillæ non datur, si tutor eorum adfuerit (1) ». *l.* 11. Celsus, *lib.* 11. dig.

Tamen « solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti, propter adversam tutoris valetudinem, vel senium ætatis : qui magis administrator rerum, quam curator esse intelligatur » *l.* 13. *ff. de tutel.* 26. 1. Pomp. *lib.* 2. *ench.*

Et hunc « curatorem impuberi datum quacumque ex causa, perseverare in diem pubertatis in eadem cura respondi. Ergo post pubertatem alium curatorem sibi petere debebit ». *l.* 25. Paul. *lib.* 10. resp.

XXVII. Hactenus de curatoribus qui tutoribus adjunguntur : « Est etiam adjutor tutelæ, quem solet prætor permittere tutoribus constituere (2), qui non possunt sufficere administrationi tu-

(1) Præsens fuit.

(2) Tutor non potest constituere procuratorem, qui vice ipsius, pupillaria

arriver contre la même personne pour différens procès intentés en différens tems ».

Mais « quand on a une fois demandé un certain individu pour curateur, on ne peut plus en demander un autre pour la même affaire, jusqu'à ce qu'il ait été réformé ».

Nous avons dit qu'on pouvait demander un curateur pour une ou plusieurs affaires; mais on désire savoir à cet égard « si le curateur qu'a demandé un pupille, sans articuler pour quelle affaire, est censé lui avoir été donné pour toutes les contestations accidentelles, soit en demandant ou en défendant. Servius a décidé, au rapport de Celse, qu'il avait été donné pour toutes les affaires du pupille ».

Toutefois « ce qu'on a dit, que si un curateur avait été donné indistinctement, il était censé donné pour toute l'affaire, se rapporte peut être aux cas où il s'agit d'intenter l'action en partage, l'action en division d'une chose commune, ou l'action en bornage des terres contre le tuteur; cas auxquels, bien que ce curateur ait été donné indistinctement, il administrerait comme tel, non-seulement lorsque le pupille ou la pupille agiraient, mais encore lorsqu'on agirait contre eux ».

§. II. *Des curateurs qui sont adjoints aux tuteurs pour toute l'administration de la tutelle, et des aides ou agens qu'ils y emploient.*

XXVI. « On doit donner un curateur pour toute l'administration de la tutelle, en cas d'absence du tuteur pour le service de la république ».

« Et ce dernier ne cesse pas d'être tuteur, nonobstant cette absence, non plus que tous ceux qui se sont fait dispenser pour un tems ».

« Mais « on ne donne des curateurs au pupille ou à la pupille, qu'autant que leur tuteur est absent (1) ».

Cependant « on a pareillement coutume de donner un curateur à celui dont le tuteur par sa santé ou son âge est hors d'état de vaquer aux affaires, et ce curateur est plutôt un administrateur qu'un curateur ».

« J'ai répondu que le curateur donné à un impubère, n'importe pour quelle cause, continuait de l'être jusqu'à la puberté du pupille; d'où suit que celui-ci devenu pubère, doit en demander un autre ».

XXVII. Jusqu'ici on n'a parlé que des curateurs adjoints aux tuteurs; mais « il y a aussi des aides de tutelle que le préteur permet aux tuteurs de constituer (2), lorsqu'ils ne peuvent pas seuls

(1) Et non s'il est présent.

(2) Un tuteur ne peut pas constituer un procureur pour gérer les affaires

telæ; ita tamen, ut suo periculo eum constituant ». *sup. d. l.* 13. §. 1. *ff. de tutel.* 26. 1.

Hic adjutor tutelæ dicitur etiam *actor*, de quo ita Paulus :

« Decreto prætoris actor constitui periculo tutoris solet ; quotiescumque aut diffusa negotia sint, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulet. Si tamen nondum fari pupillus potest ut procuratorem facere (1) possit, aut absens sit, tunc actor necessario constituendus est ». *l.* 24. *ff. de admin. tut.* 26. 7. Paul. *lib.* 9. *ad ed.*

Talis actor non nisi ab eo qui tutor est, constitui potest.

Hinc « quanquam mater filii negotia, secundum patris voluntatem, pietatis fiducia gerat, tamen jus actoris periculo suo (litium causa) constituendi non habebit (2) ; quia nec ipsa filii nomine recte agit, aut res bonorum ejus alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat ». *l.* 31. §. 6. *ff.* 3. 5. *de negot. gest.* Papin. *lib.* 2. resp.

ARTICULUS III.

De curatoribus puberum.

XXVIII. Prætor « præterea dat curatorem ei etiam qui nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest ». Ulp. *fragm. tit.* 12. §. *fin.*

Curator ille, non ad lites solum, sed ad omnem rem constituitur.

Hoc primum lege Lætoria (3) indultum fuerat adultis, qui prætori causas reddidissent cur ipsi bona sua tueri non possent, et de infirmitate consilii sui eum docuissent. Postea Marcus-Antoninus « de curatoribus (quum ante non nisi ex lege Lætoria, vel prop-

---

negotia administraret ; quia solus dominus procuratorem constituere potest, ut constat ex ipsa procuratoris definitione : *l.* 1. *ff. lib.* 3. *tit.* 3. *de procurat.* Mutanda igitur fuerunt nomina : quapropter non procuratorem, sed *actorem* constituere ei prætor permittit Is autem *actor* dicitur ab agendo. Sicut servus qui agendæ rei familiari præpositus est, dicitur *actor*, ita et ille, quod agendis pupillaribus negotiis constituatur, *actor* dicitur.

(1) Nam si fari potest, ipse tutore suo auctore procuratorem sibi constituit.

(2) Matrem jure Digestorum non esse tutricem filiorum, nisi ex principis indulgentia, supra vidimus *lib.* 26. *tit.* 1. *de tutelis*, *n.* 6. Quamvis ergo testator ei pupillaria negotia gerenda mandaverit, non poterit ea facere quæ ad tutoris munus spectant.

(3) Vide supra, *lib.* 4. *tit.* 4. *de minorib. n.* 1.

vaquer à toutes les affaires de la tutelle, pourvu qu'ils les établissent à leurs risques et périls ».

On appelle ces aides de tutelle *des agens*. Paul dit à l'égard de ces agens :

« Le préteur établit ordinairement un agent aux risques et périls du tuteur, lorsque les affaires du pupille sont trop étendues, et lorsque la dignité ou la santé du tuteur le demande ; mais si le pupille ne peut pas encore parler ni constituer un procureur (1), ou s'il est absent, il faut nécessairement alors lui donner un agent ».

Cet agent ne peut être constitué que par le tuteur.

C'est pourquoi, « encore qu'une mère administre les affaires de son fils d'après les dernières volontés de son mari, elle n'a pas le droit de constituer à ses risques et périls un agent pour ses procès (2), parce qu'elle n'agit pas régulièrement au nom de son fils, dont elle ne peut ni aliéner les biens, ni libérer les débiteurs ».

ARTICLE III.

Des curateurs donnés aux pubères.

XXVIII. Le préteur « donne de plus un curateur à celui qui, récemment pubère, n'est pas encore suffisamment en état de défendre ses intérêts et de surveiller ses affaires ».

Ce curateur est constitué, non-seulement pour les affaires contentieuses, mais encore pour toutes les autres.

Cette faculté avait d'abord été accordée par la loi *Lætoria* (3), aux adultes qui avaient rendu compte au préteur des raisons pour lesquelles ils ne pouvaient pas administrer leurs biens, et déduit les motifs de leur incapacité pour les affaires. Ensuite Marc-Antonin, « par rapport aux curateurs que la loi *Lætoria* ne permettait au- » paravant de donner qu'en raison de la prodigalité ou de la dé-

---

de son pupille à sa place, parce qu'il n'y a que le maître de l'affaire qui puisse constituer un procureur, comme l'annonce la définition de la procuration, *l.* 1. *ff. sur les procureurs*. Il fallait donc changer les noms, et dire que le préteur lui a permis de constituer, non un procureur, mais un agent. Ce mot *agent* vient d'*agir*, comme l'esclave préposé pour agir à la place de son maître, s'appelait *agent*, de même on a aussi appelé *agent* la personne préposée pour gérer la tutelle au lieu et place du tuteur.

(1) Car s'il peut parler, il se constitue lui-même un procureur avec l'autorisation de son tuteur.

(2) Nous avons vu ci-dessus, au titre *des tutelles*, *n.* 6, que par le droit du Digeste la mère ne pouvait être tutrice de ses enfans que par concession du prince : c'est pour cela que, bien que le testateur l'eût chargée des affaires de ses enfans, elle ne pouvait pas faire ce qui concernait nécessairement les fonctions d'un tuteur.

(3) Sur quoi voyez la note sur le titre qui traite *des mineurs*, *n.* 1, ci-dessus, *liv.* 4.

» ter lasciviam, vel propter dementiam (1) darentur), ita statuit: *Ut omnes adulti curatores acciperent causis non* (2) *redditis* ». Jul. Capitol. in vita Marci.

Hoc ita, si sibi dari peterent. Nam « inviti adolescentes, curatores non accipiunt, præterquam in litem ». Instit. *lib.* 1. *tit.* 23. *de curat.* §. 2.

Hinc, de his demum (minoribus viginti quinque annis) qui sibi curatores dari desideraverunt, accipiendum putat Vinnius quod Ulpianus ait: « Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei (3) suæ administratio eis committi debebit (4), quamvis bene rem suam gerentibus ». *l.* 1. §. 3. *ff.* 4. 4. *de minor.* Ulp. *lib.* 11. *ad ed.*

Immo minor « nec per liberos suos, rem suam maturius a curatoribus recipiat. Quod enim legibus cavetur, ut singuli anni per singulos liberos (5) remittantur, ad honores pertinere D. Severus ait, non ad rem suam recipiendam ». *l.* 2. *d. t.* Ulp. *lib.* 16. *ad l. Jul. et Pap.*

XXIX. « Curatorem habenti, quominus alius curator detur, regula (6) juris non est impedimento ». *l.* 20. §. 1. Modest. *lib.* 7. differ.

---

(1) Tres casus refert in quibus curatores dari poterant. Primus est quo ex lege Lætoria dabantur, scilicet his adultis qui de infirmitate consilii sui apud prætorem docerent. Secundus est, casus lasciviæ seu prodigalitatis: tertius dementiæ seu furoris; quibus casibus locus est ei curatori de qua infra, *lib.* 27. *tit. fin.*

(2) Hinc liquet, ante hanc Divi Marci constitutionem, non passim omnibus adultis qui sibi curatores dari peterent, prætorem curatores dedisse; sed his demum qui causas redderent cur hoc peterent, et de infirmitate sui consilii per suos necessarios adhibita cognitione causæ prætorem docerent. Quum autem hoc satis oneraret adultorum pudorem, sapienter statuit D. Marcus, ut jam causas reddere necesse non haberent qui curatores sibi dari peterent. Vid. Heinnec. *antiq. rom. lib.* 1. *tit.* 23. *de curatorib.*

(3) Heinneccius a Vinnio dissentit: censet enim hanc legem intelligendam de omnibus minoribus. Fatetur quidem eis non dari curatores nisi hoc desiderent: igitur inviti non accipiunt; sed ait eos, post constitutionem D. Marci, etsi non desideraverint curatorem sibi creari, quem inviti non accipiunt, tamen administrationem rerum suarum non accipere: *arg. l.* 33. §. 1. *ff.* 26. 7. *de administr. et peric. tut.*

(4) Nisi ex indulgentia principis. Vid. totum titulum *cod.* 2. 45. *de his qui vend. ætat.* qua de re egimus supra, *lib.* 4. *tit.* 4. *de minorib.*

(5) Vid. *de tit. munerib. et honorib.* infra, *lib.* 50. *tit.* 4. Scilicet hoc præmium procreationi liberorum lex Julia proposuerat, ut quot quis liberos haberet, tot ei remitterentur anni ex ætate ad adipiscendos honores requisita.

(6) Scilicet regula *tutorem habenti tutor non datur*, quam passim in toto hocce titulo retulimus. Ideo enim circa tutelas observatur hæc regula, quod, quum tutela principaliter personæ detur, quemadmodum unica est pupilli

» mence (1), statua *qu'il serait donné des curateurs à tous les* » *adultes, sans les assujettir à rendre compte des raisons pour* » *lesquelles ils les demanderaient* (2) ».

Il en était ainsi quand ils les demandaient; car « on ne donnait point de curateurs aux adolescens malgré eux, si ce n'est pour leurs affaires contentieuses ».

C'est pourquoi Vinnius pense que c'était exclusivement des seuls individus âgés de moins de vingt-cinq ans qui demandaient des curateurs, qu'il fallait entendre ce que dit Ulpien, que « aujourd'hui les adolescens sont dirigés dans leurs affaires jusqu'à cet âge par des curateurs, et on ne doit pas leur laisser plus jeunes l'administration de leurs biens (3), encore qu'ils les administrent sagement (4) ».

Et même le mineur « ne sortira pas plutôt de curatelle, encore qu'il ait des enfans, parce que la loi, en lui faisant remise d'une année pour chaque enfant qu'il aura (5), ne se propose que son avancement dans les honneurs, et ne considère pas en ce cas le droit qu'il peut avoir de régir lui-même ses propres affaires, comme le dit l'empereur Sévère ».

XXIX. « La règle de droit (6) n'est point un empêchement à ce qu'on donne un curateur à celui qui en a déjà un ».

---

(1) Il rapporte trois cas où l'on pouvait leur donner des curateurs : le premier est le cas où on leur en donnait en vertu de la loi *Lætoria*, c'est-à-dire, celui de leur incapacité prouvée au préteur; le second, celui de leur prodigalité, et le troisième, celui de leur démence; dans tous lesquels cas il y avait lieu à la curatelle dont on parlera *liv.* 27. *tit. fin.*

(2) D'où résulte qu'avant cette constitution de Marc-Aurèle, le préteur ne donnait pas des curateurs à tous ceux qui lui en demandaient, mais seulement à ceux qui en déduisaient les motifs, et lui prouvaient, sur le rapport de leurs parens, leur incapacité réelle. Mais comme cette preuve était humiliante pour les adultes, Marc-Aurèle statua sagement qu'ils n'avaient pas besoin d'appuyer cette demande des raisons qui la déterminaient. Voyez Heineccius.

(3) Heineccius ne pense pas comme Vinnius à cet égard; car, suivant lui, cette loi doit s'entendre de tous les mineurs. Il avoue à la vérité qu'on ne donnait des curateurs qu'à ceux qui en demandaient, et que par conséquent on ne leur en donnait pas malgré eux; mais il prétend que depuis la constitution de Marc-Aurèle, on leur en donnait, quoiqu'ils n'en demandassent point; qu'ils ne les recevaient pas malgré eux; mais qu'on ne leur laissait point administrer leurs biens. Voyez *arg. leg.* 33. §. 1. *ff. de administr. et peric. tut.*

(4) Si ce n'est par grâce du prince. Voy. tout le titre, *cod. de his qui ven. ætat.*, que nous avons expliqué *liv.* 4. *tit. de minorib.*

(5) Voy. *tit. de munerib. et honorib.* ci-après *liv.* 50. La loi *Julia* avait accordé pour récompense aux pères de famille, de leur compter chaque enfant pour une année de l'âge requis pour parvenir aux honneurs.

(6) C'est-à-dire, la règle de ne point donner de tuteur à celui qui en avait déjà un, laquelle nous avons souvent rapportée dans le cours de ce titre; car cette règle s'observe par rapport aux tutelles, parce que la tutelle

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur?

HIC titulus recte subjungitur tractationi de dativa tutela, ut sciamus quinam petere debeant a magistratus ut tutores dent, et ubi hoc petere debeant. De hac tamen ultima parte *ubi petantur*, obiter tantum et per consequentias tractatur in hoc titulo. Vide et quæ diximus tit. præced. *n.* 6.

Quod spectat ad primam tituli partem, videbimus : 1°. qui admittantur ad petandos tutores impuberibus; 2°. agemus de his qui necesse habent tutores petere; 3°. denique inquiremus qui petant curatores adultis.

ARTICULUS I.

Qui possint impuberibus tutores petere?

I. Εὰν οἱ, etc. (id est) « si minores non habent eos qui ex legibus sunt defensores, si quidem tutoribus indigent propter ætatem, possunt petere eis tutores constitui, cognati, et qui secundum affinitatem sunt, familiares parentum, masculorum et fœminarum. Possunt et amici parentum, et educatores ipsorum puerorum hoc petere ». *l.* 2. Mod. *lib* 1. excus.

Igitur V. G. « amita tutores petere filiis fratris sui non prohibetur ». *l. cod. h. t.* 5. 31. Alexand.

Idem Diocletianus et Maximianus Prisco rescribunt : « Nepotibus fratris tui, si eorum mater in petendis tutoribus debito non fungatur officio, petere tutores solenniter potes ». *l.* 10. *cod. h. d. tit.*

II. εὰν μὲν τοι, etc. (id est) « si quidem aliquis vel fœnerator, vel legatarius, vel alius, necessariam habeat adversus pupillum persecutionem, ipse quidem non petet tutorem pupillo; sed eos qui petere possunt, rogabit petere : vel si hi neglexerint, tunc accedens ad præsidem, hoc ipsum dicet (1) ut, constituto more legitimo (2) ea adversus pupillum moveatur persecutio ». *sup. d. l.* 2. §. 3.

---

persona, unica esse etiam tutela debet. Hæc autem ratio cessat in curatione, quum magis rebus quam personæ detur : et hoc præcipuum est tutelam inter et curationem descrimen.

(1) Id est, postquam eos qui petere possunt, constituerit in mora petendi tutoris, si hoc neglexerint, poterit ipse præsidem adire, et hoc ipsum dicere se petere, ut creetur pupillo tutor.

(2) Scilicet ut, postquam tutor creatus fuerit, possit actionem suam persequi ex more qui judiciis peragendis antiquitus constitutus est.

TITRE VI.

Qui peut demander des tuteurs ou des curateurs, et où il faut les demander.

APRES avoir traité dans le titre précédent de la tutelle dative, il fallait examiner dans celui-ci quelles étaient les personnes qui devaient demander des tuteurs aux magistrats, et où elles devaient les demander. Nous ne traiterons cependant qu'en passant de la dernière question, celle de savoir où il faut demander des tuteurs. Voyez ce que nous en avons dit dans le titre précédent, *n.* 6.

Sur la première, nous verrons 1°. quelles sont les personnes qui sont admises à demander des tuteurs pour des impubères; 2°. quels sont ceux qui doivent nécessairement les demander; 3°. enfin, quels sont ceux qui peuvent demander des curateurs pour des adultes.

ARTICLE I.

Des personnes qui peuvent demander des tuteurs pour les impubères.

I. « Si des mineurs n'ont point les défenseurs que la loi veut qu'ils aient, ou les tuteurs dont ils ont besoin à raison de leur âge, leurs cognats et autres parens peuvent demander qu'on leur en donne, et à leur défaut, les amis de leurs parens; et même ceux qui se sont chargés de leur éducation peuvent également former cette demande ».

Ainsi « rien n'empêche qu'une tante n'en demande pour les enfans de son frère ».

Dioclétien et Maximien disent aussi dans un rescrit adressé à Priscus : « Vous pouvez légalement demander des tuteurs pour les petits-fils de votre frère, si leur mère ne remplit pas ce devoir à leur égard ».

II. « Et même celui à qui le défunt à donné des gages, un légataire et tout autre créancier, ayant une action à intenter contre un pupille, peuvent, non pas demander un tuteur pour lui, mais demander à ceux que concerne cette obligation, de lui en faire donner un; et s'ils s'y refusent, ils pourront s'adresser au président, à l'effet (1) de lui en faire donner un par la voie légale (2), et le poursuivre alors ».

---

est donnée principalement à la personne, et que, comme les pupilles ne forment qu'une seule personne, la tutelle doit également être une; raison qui cesse d'être applicable à la curatelle, laquelle est donnée moins à la personne qu'aux biens; en quoi diffèrent principalement la tutelle et la curatelle.

(1) C'est-à-dire, qu'après avoir mis ceux qui peuvent la demander en demeure de le faire, ils pourront s'adresser eux-mêmes au président, à l'effet d'obtenir qu'il soit donné un tuteur à ce pupille.

(2) C'est-à-dire, que du moment où il aura été donné un tuteur, ils puissent agir contre lui dans la forme reçue par l'usage.

Item Antoninus rescribit : « Si filiis debitoris tui non sunt necessarii qui tutores petant, potes (1) et ipse curare ut accipiant per quos legitime defendantur ». *l.* 4. *cod. h. t.* 5. 31.

Cæterum, non tenebuntur creditores ipsum pupillum interpellare.

Hinc Pomponius : « Non est exigendum a pupillo ut sibi tutorem petat, aut ut ad tutorem suum proficiscatur ». *l.* 2. *ff.* 26. 1. *de tutel. lib.* 3. *ad Sab.*

ARTICULUS II.

Qui necesse habeant tutores petere impuberibus ?

III. Οι μεν ουν, etc. (id est), « alii igitur voluntate petunt tutores : sunt autem quidam quibus est necesse petere tutores, puta mater et liberti. Ex his enim illa damnum (2) patitur ; hi autem et puniuntur, si non petierint eos qui ex legibus defensores sunt. Mater enim expellitur a legitima filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui tutorem. Et non solum si non petierit, sed et si, puritatis (3) gratia, petierit eum qui dimitti poterat, deinde dimisso eo vel abjecto, alium non petierit rursum, vel ex studio malos petierit ».

« Liberti autem, ex his causis accusati apud præsidem, puniuntur ut emendentur, si appuerint vel propter negligentiam vel propter malitiam non petiisse ». *l.* 2. §. 1. Modestin. *lib.* 1. *excus.*

Consonat quod rescribit Antoninus. « Patroni tui filii, si ejus ætatis sunt, ut res eorum per tutores administrari debeant, cura adire prætorem, et nomina edere ex quibus tutores constituantur ; ne, si cessaveris, obsequii deserti periculum subeas ». *l.* 2. *cod. h. t.* 5. 31.

IV. Aliis personis hæc necessitas petendi tutores non imponitur. Igitur οι οπωσουν, etc. (id est), qui qualitercumque demissi sunt per excusationem a tutela, necesse non habent petere pupillis tutorem, ut ait Severi et Antonini constitutio ». *sup. d. l.* 2. §. 6.

Obligationem qua tenetur mater petere tutores, ad avos et avias

(1) Nimirum postquam interpellaveris propinquos et familiares.

(2) Legitimæ hereditatis, ut mox dicetur.

(3) Id est, defunctorie (*par manière d'acquit*). Quando *puritatis gratia* petitus tutor videatur, vid. infra *n.* 12.

C'est ce que dit Antonin. « Si les enfans de votre débiteur n'ont point de parens qui demandent des tuteurs pour eux, vous pouvez (1) demander vous-même qu'on leur donne des défenseurs légitimes ».

Mais les créanciers ne sont pas tenus d'interpeller le pupille lui-même à cet égard.

C'est pourquoi Pomponius dit : « On ne doit pas exiger que le pupille demande un tuteur, ni qu'il se fasse défendre par celui qu'on lui a donné ».

ARTICLE II.

De ceux qui sont obligés de demander des tuteurs pour les impubères.

III. Il y a des personnes qui, sans autre motif que leur volonté, demandent des tuteurs pour les impubères ; mais il y en a qui y sont obligés, comme leur mère et leurs affranchis. Leur mère serait punie de cette omission volontaire (2) et les affranchis de ne leur avoir pas fait donner des défenseurs légitimes ; la mère, par la privation de leur succession légitime, comme s'en étant rendue indigne en négligeant de leur faire donner des tuteurs : et elle en serait privée, non-seulement si elle n'en avait pas demandé ; mais encore si elle en avait demandé par manière d'acquit (3), qu'on pouvait rejeter, si elle n'en avait pas demandé d'autres après leur rejet, ou si elle en avait, à dessein, encore demandé de pareils ».

« Quant aux affranchis accusés de cette négligence devant le président, si l'accusation est fondée, et qu'il apparaisse une négligence réelle, ou de la mauvaise foi de leur part, on les punit par une correction ».

A quoi est d'ailleurs conforme ce rescrit d'Antonin, où il dit : « Si les enfans de votre patron sont d'un âge qui exige que leurs biens soient administrés par des tuteurs, ayez soin de vous adresser au préteur, et de lui donner les noms des personnes parmi lesquelles il peut leur en choisir, parce que, si vous omettiez ou négligiez de le faire, vous vous exposeriez à en être puni, comme ayant manqué à un devoir ».

IV. Il n'y a pas d'autres personnes qui soient obligées de demander des tuteurs pour des pupilles. C'est pourquoi « ceux qui ont été dispensés de la tutelle, n'importe pour quelles raisons, ne sont pas forcés de demander un tuteur, comme le dit la constitution de Sévère et d'Antonin ».

Constant et Julien avaient étendu l'obligation de demander des

(1) Après avoir ses parens en demeure.

(2) Par la privation de la succession légitime, comme on le dira.

(3) On verra, *n.* 12, ce qu'on entend par un tuteur demandé de cette manière.

sub simili pœna amittendæ ipsorum hereditatis porrexerant Constantius et Julianus. *l.* 1. *cod. Theod.* 3. 18. *qui petant tutor.*

Verum, quum Justinianus hanc constitutionem codici suo non inseruerit, credendum est eam ipsi non placuisse, et esse abrogatam.

V. Vidimus matrem duntaxat et libertos teneri ex officio petere impuberibus tutores; de libertis plura non dicemus.

Τα δε περι, etc. (id est), « quæ autem de matre dicta sunt, ostenduntur in epistola Divi Severi, cujus verba subjecta sunt :

« Divus-Severus Cuspio-Rufino : omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam publicam pertineat, » liquere omnibus volo. Et ideo quæ mater vel non petierit tuto- » res idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve, non » confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicando- » rum sibi bonorum intestatorum filiorum ». *sup. d. l.* 2. §. 2.

Circa hanc constitutionem videndum : 1°. quibus liberis mater tutores petere teneatur, et an ad tutores tantum, an ad alias defensorum species hæc constitutio pertineat; 2°. quando mater videatur non petiisse tutores, ita ut in constitutionem incidat; 3°. ex quibus causis mulier quæ tutores non petiit excusetur a pœna constitutionis; 4°. in quo consistat illa pœna.

§. I. *Quibus liberis et quos defensores mater petere teneatur?*

VI. Mater tutores « filiis non petendo punitur, utique et filiabus. Quid si nepotibus? Similiter non petendo punitur ». *l.* 2. §. 28. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.* Ulp. *lib.* 13. *ad Sab.*

Quinetiam ex constitutione Zenonis, « matres naturalibus etiam filiis, ad similitudinem eorum qui ex justis ac legitimis nuptiis sunt procreati, petendorum tutorum necessitati subjaceant, nulla eis ignorantia juris, ad evitanda legibus vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutorum minus curaverint, profectura ». *l.* 11. *cod. h. tit.* 5. 31.

VII. Constitutio D. Severi de tutoribus duntaxat loquitur. « Quid si curatores non petiit? Verba rescripti deficiunt. Sed dicendum est, si quidem impuberibus curatores non petiit, eamdem

tuteurs ; de la mère aux aïeuls et aïeules, sous la même peine, c'est-à-dire, d'être privé de la succession légitime des pupilles.

Mais Justinien n'ayant pas inséré cette constitution dans son code, il faut croire que ne l'ayant pas approuvée, il l'a par conséquent abrogée.

V. Nous avons vu qu'il n'y avait que la mère et les affranchis à qui on eût fait un devoir de demander des tuteurs pour les impubères. Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette obligation des affranchis.

« Mais ce que nous avons dit sur celle de la mère, se trouve dans un rescrit de l'empereur Sévère, dont voici les termes :

« L'empereur Sévère à Cuspius-Rufinus : Je veux que tout le » monde sache que je donne toute mon attention à venir au se- » cours des pupilles, leur intérêt étant lié à l'intérêt public. C'est » pourquoi j'ordonne que la mère qui n'aura pas demandé pour » ses enfans des tuteurs capables et solvables, ou qui, après le » rejet de ceux qu'elle avait proposés, n'en aura pas présenté » d'autres sur-le-champ, soit privée du droit de revendiquer leurs » biens, quand ils seront décédés sans tester ».

Nous verrons sur cette constitution, 1°. pour quels enfans leur mère est tenue de demander des tuteurs, si elle n'est tenue qu'à leur faire donner des tuteurs, et si cette constitution ne l'oblige pas à leur faire donner d'autres défenseurs; 2°. quand une mère est censée n'avoir pas demandé des tuteurs pour ses enfans, et avoir encouru la peine de la constitution; 3°. dans quels cas une mère qui n'a point demandé de tuteur pour ses enfans, n'a point encouru cette peine; 4°. en quoi consiste cette peine.

§. I. *Pour quels enfans leur mère est tenue de demander des défenseurs, et quels défenseurs elle doit demander pour eux.*

VI. Une mère « est punie pour n'avoir point fait donner des tuteurs à ses fils, et il en est de même si elle a négligé de le faire pour ses filles. Que faut-il dire du cas où elle aurait omis d'en faire donner à ses petits-fils? Elle est également punie pour ne point leur en avoir fait donner ».

Et même, d'après la constitution de Zénon, « une femme est obligée de demander des tuteurs pour ses enfans naturels, comme s'ils étaient légitimes; et l'ignorance du droit à cet égard ne peut pas les soustraire aux peines infligées par les lois et les constitutions impériales à la mère qui n'a point demandé des tuteurs pour ses enfans ».

VII. La constitution de l'empereur Sévère ne parle que des tuteurs. « Que faut-il donc dire si elle ne leur a pas fait donner des curateurs? Le rescrit garde le silence à cet égard; toutefois, il n'en faut pas moins dire que les mêmes raisons militent pour

esse rationem, si jam puberibus, cessare (1) debere ». *sup. d. l.* 2. §. 29. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

Consonat quod rescribit Alexander : « Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes; sed et observare ne quid secus quam oportet, in re filii tui pupilli agatur. Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est; quum puberes minores annis viginti quinque ipsi sibi curatores, si res eorum exigit, petere debeant ». *l.* 6. *cod. h. tit.* 5. 31.

« Quid si, quum prægnans esset, bonis non petiit curatorem? Dico in sententiam incidere. Nam et si apud hostes habuit impuberem, idem erit dicendum ». *sup. d. l.* 2. §. 30. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

« Quid si furioso tutorem vel curatorem non petiit? Magis est ut incidat ». *d. l.* 2. §. 31.

§. II. *Quando mater non videatur petiisse tutores, ita ut in pœnam constitutionis incidat?*

VIII. Quatuor casus fingi possunt in quibus mater tutores petiisse non videtur, et in pœnam constitutionis incidit. Duo priores in ipsa constitutione continentur.

« Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel priori» bus excusatis, rejectisve, non confestim aliorum nomina edide» rit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum » filiorum ». *d. l.* 2. §. 23. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

IX. Primus ergo casus est quum pupilli, cui nondum ullus tutor datus est, mater tutorem non petit.

Hoc sic accipe, si nullus huic pupillo ex lege aut testamento tutor erat. Hinc Dioclet. et Maxim. : « quum jure habenti tutorem tutor dari non possit, intelligis matrem non officium pietatis in petendo tutorem deseruisse, sed jure munitam, merito filio suo tutorem non postulare ». *l.* 9. *cod. h. tit.* 5. 31.

Cæterum « credendum est et eam matrem constitutione contineri, quæ a patre non legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus non postulavit decreto confirmari ». *l.* 4. Tryph. *lib.* 13. *disp.*

« Et quidem si non petiit, incidit in constitutionem : ait enim,

(1) Quia ipsi puberes sibi petere debent : ut videb. infra *art. fin.*

l'obliger à leur faire donner des curateurs jusqu'à leur puberté, mais qu'elles cessent dès qu'ils ont atteint cette époque (1) ».

Ce qui s'accorde avec un rescrit d'Alexandre, où on lit : « La tendresse maternelle doit vous dicter que tuteur vous devez demander pour votre fils, et même vous suggérer quelles précautions vous devez prendre pour qu'il gère ses affaires de la manière la plus avantageuse; mais on n'a point imposé aux mères l'obligation de donner des curateurs à leurs enfans, parce qu'ils peuvent les demander eux-mêmes s'ils en ont besoin, bien qu'ils soient encore mineurs de vingt-cinq ans ».

« Qu'arrivera-t-il si une mère n'a pas demandé un curateur aux biens de l'enfant dont elle était enceinte? Je dis qu'elle aura encouru la peine de la constitution, et en effet on peut encore le décider ainsi, même dans le cas où elle aurait un fils impubère au pouvoir des ennemis ».

« Que faut-il dire aussi de celle qui a négligé de demander un tuteur ou un curateur pour son fils tombé en démence? Le mieux est de décider qu'elle a encouru la peine ».

§. II. *Quand une mère est censée n'avoir point demandé des tuteurs, et avoir encouru la peine de la constitution.*

VIII. On peut réduire à quatre les cas où une mère est censée n'avoir point demandé des tuteurs pour ses enfans, et avoir encouru la peine de la constitution. Les deux premiers sont expressément contenus dans cette constitution.

« Si une mère n'a pas demandé des tuteurs solvables pour ses » enfans, ou si, après le rejet de ceux qu'elle avait proposés, elle » n'en a présenté d'autres sur-le-champ, qu'elle perde le droit » de revendiquer leurs biens lorsqu'ils seront décédés sans avoir » testé ».

IX. Le premier cas est donc celui où la mère n'a pas demandé des tuteurs pour son pupille à qui on n'en avait pas donné.

C'est-à-dire, à qui la loi n'avait pas donné des tuteurs légitimes, et à qui son père n'avait point donné des tuteurs testamentaires. C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « On ne peut point donner un tuteur à celui qui en a déjà un. Vous comprenez que la mère n'a pas manqué aux devoirs de la tendresse maternelle, en ne demandant point un second tuteur pour son fils, et qu'elle y était fondée en droit ».

Mais « il faut croire que la constitution comprend la mère qui n'a pas fait confirmer par décret des tuteurs irrégulièrement donnés à ses enfans impubères par le testament ou le codicille de leur père ».

« Et à la vérité elle a encouru la peine de la constitution si elle

(1) Parce que les pubères doivent les demander eux-mêmes, comme on le verra plus bas, *art. fin.*

vel *non petere*. Sed a quo non petere? Loquitur quidem de prætore constitutio. Sed puto et in provinciis locum habere, etiam si a magistratibus municipalibus petat; quoniam et magistratibus municipalibus dandi (1) necessitas injungitur ». *sup. d. l.* 2. §. 23. *v. et quidem. ff.* 38. 17. *ad senatusconsult. Tertyll.*

X. *Secundus casus*. Sed si prioribus excusatis, rejectisve, non *confestim* aliorum nomina ediderit, punitur ». *d. l.* 2. §. 38.

« *Confestim* autem sic erit accipiendum, ubi primum potuit; id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis : nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna causa quæ etiam mandare eam ad petendos tutores impediret; ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet. Si enim mortalitate filii præventa est, nihil matri imputetur ». *d. l.* 2. §. 43.

« Sed quod diximus *rejecti*, utrum sic accipimus, a prætore non dati, an et si suspecti fuerint remoti, vel ob negligentiam, vel ignaviam repulsi? Etiam hos quis *rejectos* recte dicet? Ergo et si latitent? Sed longum est (2). Nam nec hoc et imputetur cur suspectos non fecit. Alioquin, etsi latitarent, potuit edicto desiderare ut eos prætor adesse juberet, et suspectos eos removeret si deessent ». *d. l.* 2. §. 41.

« Quid si non compulit eos miscere se tutelæ? et quum plenum officium a matre desideremus, et hæc ei curanda sunt, ne in hereditate ei obstent ». *d. l.* 2. §. 42.

« Sed et si suspecto tutore pupilli accusato, decretum erit ei adjungi alios, mater eos quoque petere debet : et si non petit,

(1) Igitur etiam in municipiis, matres tenentur tutores petere liberis suis a magistratibus municipalibus, qui eos ex præsidum jussu dare tenentur.

(2) Sensus est : *ergone* dicemus et eos tutores qui latitant et copiam sui non faciunt ut adsint pupillo cujus tutelam susceperunt, hac *rejectorum* appellatione contineri, ita ut, si mater eos removeri et in eorum locum alios tutores dari non curaverit, in pœnam constitutionis incidat? *Sed longum est*, id est, non in promptu, et longa deliberatione hæc quæstio digna est. *Nam* uno modo considerata hac quæstione, dici potest in gratiam matris, quod *nec ei imputetur cur suspectos non fecit* : ergo non debet ei imputari cur latitantes non denuntiavit. *Alioquin* vero, id est, alio modo considerata hac quæstione, dici potest (et hæc est hæc ratio decidendi) matrem regulariter quidem excusari quum tutorem suspectum non fecit, quia facile non est ei judicare an tutor ex fide gerat nec ne : est in hac specie facile potuit mater desiderare ut tutor quem latitare videbat, a prætore evocaretur, et, nisi adesset, removeretur; adeoque non est excusanda si hæc non fecit. Verbum *alioquin* sumitur etiam pro *alio modo*. (Calepin.)

n'en a pas demandé, puisque la constitution dit, *à défaut de les demander*. Mais à qui devait-elle les demander? La constitution parle bien du préteur; mais je pense qu'elle a lieu dans les provinces, et que la mère doit s'adresser aux magistrats de sa ville, puisqu'ils sont pareillement chargés de donner des tuteurs (1) ».

X. *Second cas.* « Et même elle sera punie, si les premiers tuteurs ayant été rejetés, elle n'en a pas sur-le-champ présenté nommément d'autres ».

Par ces mots *sur-le-champ*, il faut entendre dès qu'elle l'a pu, c'est-à-dire, dès qu'elle a pu s'adresser au préteur, et n'en a point été empêchée par maladie ou par quelqu'autre obstacle susceptible de considération; pourvu cependant qu'elle n'ait pas laissé écouler plus d'une année; car si son fils était décédé dans l'année, on n'aurait aucun reproche à lui faire ».

« Mais quand nous avons dit *si les premiers ont été rejetés*, cela veut-il dire s'ils n'ont point été donnés par le préteur, ou bien s'ils en ont été rejetés pour cause de suspicion, de négligence, d'incapacité, et par conséquent d'indolence? Mais cette question mérite d'être discutée (2); car on ne peut pas lui imputer de ne pas les avoir déclarés suspects, parce que, dans le cas où ils se cacheraient, elle pourrait demander au préteur de les forcer à comparaître, et de les rejeter comme suspects, s'ils refusaient d'obéir à son ordonnance ».

« Que faut-il dire si elle ne les a pas forcés à administrer la tutelle? Comme nous voulons qu'une mère remplisse entièrement son devoir à cet égard, nous estimons qu'elle doit aussi prendre ce soin pour ne pas courir le risque de perdre la succession *ab intestat* ».

« Et même si le premier tuteur ayant été dénoncé comme suspect, il a été jugé qu'on devait lui en adjoindre d'autres; c'est en-

---

(1) Les mères sont donc aussi tenues, dans les villes municipales, de demander des tuteurs pour leurs enfans aux magistrats de ces villes, qui sont tenus de les leur donner d'après les ordres des présidens.

(2) Le sens est : dirons-nous donc que les tuteurs qui se cachent et se tiennent loin du pupille dont ils ont accepté la tutelle, doivent être mis au nombre de ceux qui ont été rejetés, et que la mère encourt la peine de la constitution pour ne les avoir pas fait destituer et n'en avoir pas fait donner d'autres à leur place? Cette question serait longue à discuter; car en ne la considérant que d'un côté, on peut dire, en faveur de la mère, qu'on ne doit pas lui imputer de ne les avoir pas dénoncés comme suspects, ni par conséquent de ne les avoir pas dénoncés comme s'étant cachés. Mais en examinant la question sous une autre face, on peut dire (et c'est ici la raison de décider), qu'à la vérité une mère peut être excusable de n'avoir pas dénoncé comme suspect le tuteur de son fils, parce qu'il ne lui était pas facile de juger si ce tuteur agissait de bonne foi ou non; mais que dans l'espèce elle pouvait facilement demander que le tuteur qu'elle voyait bien qui se cachait, fût rappelé par le préteur, et destitué s'il ne se présentait pas; c'est-à-dire, qu'elle est coupable de ne l'avoir pas fait. Ce mot *alioquin* est pris pour *alio modo*. Calepin.

incidet in sententiam constitutionis ». *l.* 4. §. 2. Tryph. *lib.* 13. *disput.*

« Quæ autem suspectum tutorem non fecit, nec verbis, nec sententia constitutionis in pœnam incidit : quod ejusmodi facta dijudicare et æstimare virilis animi est, et potest etiam delicta ignorare mater, satisque est eam petisse talem qui, inquisitione per prætorem habita, idoneus apparuit : et ideo nec judicium ejus sufficit ad eligendos tutores (1); sed inquisitio fit, etiamsi maxime in bona propria liberis suis testamento tutores dederit ». *d. l.* 4. §. 4.

Quum unicus tutor excusatus aut remotus est, incidit quidem in pœnam mater quæ tutotem in ejus locum non petit. « Quid ergo si non fuerint omnes excusati, vel non omnes rejecti? Videndum an ei imputetur cur in locum excusati non petiit : et puto imputandum ». *sup. d. l.* 2. §. 39. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsult. Tertyllian.*

Pariter « quid si decesserint quidam ? Puto, licet verba deficiant, sententiam constitutionis locum habere ». *d. l.* 2. §. 40.

Hæc ita, nisi per reliquos potuisset tutela administrari. Aitenim Tryphoninus : « Sin autem idoneis datis tutoribus pluribus, unus eorum vel decessit, vel temporalem excusationem accepit; mater, quæ propterea in loco illius alium non petit, quia numerus reliquorum administrationi tutelæ sufficiebat, incidit quidem in verba constitutionis, sed sententia excusatur ». *l.* 4. §. 1. Tryphonin. *lib.* 1. *disp.*

XI. Tertius casus quo mulier in pœnam incidit, est quando tutores petiit quidem, sed compulsa.

Unde Ulpianus : « Quid ergo si petiit, sed admonita vel a libertis, vel a cognatis? An incidat in senatusconsultum (2)? Et puto eam incidere, si compulsa fecit; non, si quum petere non cunc-

(1) Vid. supra *tit.* 26. 3. *de confirm. tutor.*

(2) Quidam pro *senatusconsultum*, legunt *sententiam constitutionis* : nec improbabilis emendatio, quum similitudine siglorum *senatusconsultum* librarii facile decipi potuerint. Enimvero nullum senatusconsultum novimus quo hæc pœna statuta sit; sed statuta est rescripto seu constitutione Severi supra relata : nisi dicamus fortasse ipso senatusconsulto Tertylliano, quo matres ad hereditatem liberorum vocatæ sunt, hanc pœnam fuisse statutam: ita ut Severus rescripto supra relato novum jus non constituerit : quod potest probari ex eo quod plurimi Ulpiani textus ad hanc constitutionem pertinentes referantur in *l.* 2. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

core à la mère de les demander, sous peine de contrevenir à l'esprit de la constitution ».

« Mais elle n'aura encouru la peine de la constitution ni d'après ces termes, ni d'après son esprit, pour n'avoir pas dénoncé le tuteur comme suspect, parce qu'il n'y a qu'un homme qui soit capable du jugement nécessaire pour cela; qu'elle peut d'ailleurs ignorer les déprédations dont se serait rendu coupable ce tuteur; et que c'est assez pour elle d'avoir présenté au préteur un homme tel, qu'après informations faites, il l'a jugé suffisamment capable. C'est même parce qu'on ne la présume pas capable de bien choisir les tuteurs qu'elle demande pour son fils (1), qu'il faut faire des informations sur leur compte, même pour confirmer ceux qu'elle lui a donnés par testament pour gérer ses propres biens ».

Lorsqu'il n'y a qu'un des tuteurs qui s'est fait dispenser ou rejeter, la mère encourt la peine dont il s'agit pour n'en avoir pas demandé un autre à sa place. « Qu'arrivera-t-il donc, si tous n'ont pas été dispensés ou rejetés? Lui imputera-t-on de n'en avoir pas demandé à la place de ceux qui l'ont été? Je pense qu'on doit le lui imputer ».

« De même, qu'arrivera-t-il s'il y en a quelques-uns qui soient décédés? Suivant moi, on peut appliquer l'esprit de la constitution à ce cas, quoiqu'elle n'en dise textuellement rien ».

Il en est ainsi seulement lorsque les tuteurs qui restent ne peuvent suffire pour administrer la tutelle; car Tryphoninus dit: « Mais s'il a été donné plusieurs tuteurs, et que l'un d'eux soit décédé, ou se soit fait dispenser pour un tems, la mère qui n'en a pas demandé un autre à sa place, parce qu'il en restait assez pour administrer la tutelle, encourt la peine d'après la lettre de la constitution, mais en est exempte d'après son esprit ».

XI. Le troisième cas est celui où la mère a demandé à la vérité des tuteurs, mais seulement parce qu'elle y était forcée.

Ulpien dit sur ce cas : « Qu'arrivera-t-il si la mère a demandé des tuteurs, mais après en avoir été sommée par les affranchis ou les cognats? Encourra-t-elle la peine dont il s'agit (2)? Je pense qu'elle doit en être passible si elle a été forcée, mais qu'elle ne

(1) Voyez ci-dessus le titre qui traite *de la confirmation des tuteurs.*

(2) Quelques jurisconsultes lisent *sententiam constitutionis*, au lieu de *senatusconsultum;* et cette correction est fondée en probabilité, parce qu'il a été facile aux imprimeurs d'être trompés par la ressemblance des abréviations *S. C.* Et en effet nous ne connaissons aucun sénatus-consulte qui ait infligé cette peine, laquelle n'a été prévue que par le rescrit ou la constitution ci-dessus rapportée de l'empereur Sévère, à moins qu'on ne dise qu'elle l'avait déjà été par le sénatus-consulte Tertyllien, qui appelait les mères à la succession de leurs enfans, et que Sévère, par son rescrit ci-dessus rapporté, n'avait pas établi un nouveau droit; ce qu'on pourrait conclure de ce que plusieurs textes d'Ulpien relatifs à cette contitution, sont cités dans la *l. 2, ff. sur le sénatus-consulte Tertyllien.*

taretur, admonita est ». *sup. d. l.* 2. §. 24. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsult. Tertyll.*

XII. Quartus casus est, quum petiit quidem, sed perfunctorie, seu *puritatis gratia*, ut supra obiter *n.* 3. ex textu Modestini didicimus.

Quocirca Ulpianus ait : « Non solum autem quæ non petiit, coercetur; sed et quæ defunctorie petiit (ut rescripto declaratur) vel privilegio munitum, vel oneratum tribus (puta) tutelis. Sed ita demum, si data opera hoc fecit ». *d. l.* 2. §. 32.

« Quid ergo si tales petiit, et susceperunt nihilominus vel detenti sunt? Excusata erit mater ». *d. l.* 2. §. 33.

« Quid si indignos, id est, minus habiles ad tutelam petierit quoniam sciebat prætorem eos non daturum? Quid tamen si dedit eos prætor, matris petitionem secutus? Jam quidem prætoris delictum est. Sed et matris punimus consilium ». *d. l.* 2. §. 34.

« Igitur, si forte excusati sint illi, vel improbati, debet mater alios sine mora petere ». *d. l.* 2. §. 35.

« Ergo sive non petierit, sive idoneos non petierit, punietur; etiamsi dati fuerint minus idonei, prætore errante ». *d. l.* 2. §. 36.

« *Idoneos* autem utrum facultatibus, an et moribus petere debeat, dubitationis esse potest. Puto autem facile ei ignosci, si locupletes sint hi quos petiit ». *d. l.* 2. §. 37.

Consonat quod rescribit Antoninus : « In locum tutoris defuncti vel in perpetuum relegati, alium dari tutorem filiis tuis idoneum ex eadem (1) provincia a judice competente (2) postula, qui secundum officium suum utilitatibus eorum providebit ». *l.* 3. *cod. h. tit.* 5. 31.

§. III. *Ex quibus causis a pœna constitutionis mater quæ non petiit tutores excusetur?*

XIII. Maxime excusanda est mulier, quæ legitime fuit impedita.

Hinc Diocletianus et Maximianus : « Quum a matribus sedulum petendi tutoris officium exigatur, nec fortuiti casus impedimen-

(1) *Puritatis gratia* peteret, si eum dari peteret qui esset ex alia provincia, quum non possit magistratus cogere ad suscipiendam tutelam, nisi homines suæ provinciæ qui suæ jurisdictioni subditi sunt. *tit. præced. n.* 6.

(2) *Puritatis gratia* etiam peteret, si ab incompetente judice peteret.

l'encourra pas si l'on n'a fait que l'avertir lorsqu'elle ne fut pas en demeure ».

XII. Le quatrième cas est celui où la mère a demandé des tuteurs, mais par manière d'acquit, comme nous l'avons appris par le texte de Modestinus, ci-dessus, n. 3.

Ulpien dit sur ce cas : « Non-seulement celle qui n'a pas demandé des tuteurs, mais encore celle qui les a demandés comme par manière d'acquit, en présentant, par exemple, celui qui était exempt de tutelle en vertu d'un privilége ou de trois autres tutelles dont il était déjà chargé, en est punie, comme l'annonce le rescrit ; mais il n'en est ainsi qu'autant qu'elle a insisté sur leur admission ».

Que faudra-t-il donc dire si elle a demandé de pareils tuteurs, et qu'ils aient néanmoins accepté la tutelle, ou aient été admis par le préteur? Elle sera exempte de toute responsabilité à cet égard.

« Que dire si elle en a demandé qui étaient indignes, c'est-à-dire, inhabile à gérer la tutelle, parce qu'elle savait que le préteur ne les admettrait pas, et que le préteur les ait admis sur sa demande? Il y aura faute et délit de la part du préteur ; mais elle sera punie de son intention ».

« Si donc ils ont été dispensés ou rejetés, la mère en devra présenter d'autres sans délai ».

« Soit donc qu'elle n'en ait pas demandé ou qu'elle en ait demandé qui ne devaient pas être reçus, elle en sera punie, encore qu'ils aient été acceptés par erreur du préteur ».

« Mais doit-elle en demander qui soient admissibles, non en raison de leurs facultés, mais en raison de leur conduite? On en peut douter; mais je pense qu'on peut l'excuser si elle a présenté des personnes riches ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Antonin dans un rescrit. « Demandez un autre tuteur pour vos enfans, à la place de celui qui est décédé ou a été relégué à perpétuité, et demandez-le de la même province (1) et devant le magistrat compétent (2) qui pourvoira d'office à leurs intérêts ».

§. III. *Dans quels cas on excuse la mère qui n'a point demandé de tuteurs pour ses enfans.*

XIII. On l'excuse surtout quand elle en a été légitimement empêchée.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent : « Comme les mères ne sont tenues que de leur négligence à demander des tu-

(1) Elle demanderait par manière d'acquit si elle demandait un individu d'une autre province, puisque le magistrat ne peut forcer à accepter une tutelle que ceux qui sont de la province soumise à sa juridiction. Voyez *tit. præced. n.* 6.

(2) Elle demanderait encore par manière d'acquit, si elle demandait à un juge incompétent.

tis (1) adscribantur, proponasque procuratorem qui ad petendum pupillo tutorem a matre fuerat constitūtus, a latronibus interfectum, petitionem ex necessitate demoratum esse: ab hereditatis successione matrem repelli, cujus nullum vitium intercessisse asseris, perquam durum est ». *l.* 8. *cod. h. tit.*

Item : « Sed si forte absens a libertis præventa est, vel ab aliis, dicendum est eam non excludi, ni forte quum frustraretur, id contigit ». *sup. d. l.* 2. §. 27. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

XIV. Excusatur etiam mater, quum pupillo non expediebat aut saltem ipsius non intereat tutorem ipsi peti.

Unde Ulpianus : « Tractari bellæ potest, si pupillo amplum legatum sub conditione sit relictum, *si tutores non habuerit*, et propterea ei mater non petierit, ne conditione deficeretur, an constitutio cesset? Et puto cessare, si damnum minus sit cumulo legati. Quod et in magistratibus municipalibus tractatur apud Tertyllianum : et putat dandam in eos actionem, quatenus plus esset in damno quam in legato. Nisi forte quis putet, conditionem hanc, quasi utilitati publicæ oppugnantem, remittendam, ut alias plerasque; aut verba cavillatus, imputaverit matri cur curatores non petierit. Finge autem plenius (2) conditionem conscriptam : nonne erit matri ignoscendum? Aut hoc imputatur matri cur non desideravit a principe conditionem remitti? Et puto non esse imputandum ». *d. l.* 2. §. 44.

« Ego, etiamsi mater ei qui solvendo non erit, non petiit tutorem, puto ignoscendum. Consuluit enim ei ut minus inquietetur, quasi indefensus ». *d. l.* 2. §. 45.

Hinc, « etsi forte quis uxorem communis filii matrem heredem scripsit, rogavitque, remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores : debet dici cessare constitutionem, quum patris voluntatem secuta sit, et nihil habenti filio tutores non petierit ».

---

(1) Quædam sunt impedimenta quæ matrem non excusant; illa scilicet quæ, etsi matrem impediant petendi tutoris officio per se fungi, ei tamen facultatem relinquunt id per alium exequendi. Hisce impedimentis quæ matrem non excusant, non sunt adscribendi *fortuiti casus*, per quos mater non solum per se, sed nec per alium, *potuit* petere liberis suis tutorem.

(2) Puta si ita scripta sit conditio : *si nec tutores, nec curatores habuerit.*

teurs pour leurs enfans; que les cas fortuits ne sont pas au nombre des empêchemens qui ne l'excusent pas (1); que vous exposez que la mère a constitué un procureur pour demander un tuteur à son pupille, mais qu'il a été assassiné par des voleurs; et enfin que cette demande a été nécessairement retardée par cet accident, il serait trop dur de priver cette mère à qui on n'a rien à reprocher, de la succession de ses enfans ».

Et « si une mère a été prévenue par les affranchis ou par d'autres, parce qu'elle était absente, il faut encore décider qu'elle ne doit pas être privée de la succession, à moins que son absence n'eût été de sa part frauduleusement combinée ».

XIV. On excuse encore la mère lorsqu'il n'était pas utile au pupille qu'on demandât un tuteur pour lui, ou du moins qu'on ne lui a pas fait tort en n'en demandant pas.

C'est pourquoi Ulpien dit : « On peut bien mettre en question si la peine de la constitution a lieu dans le cas où une mère n'a point demandé de tuteur pour son fils, parce qu'il lui avait été fait un legs considérable, sous la condition qu'il n'aurait point de tuteur; et je pense que cette peine ne doit pas être encourue, si le pupille avait intérêt à ce que la condition du legs fût remplie. Tertullien a examiné cette question par rapport à des magistrats municipaux, et, suivant lui, il fallait donner action contre eux, parce qu'il était désavantageux au pupille de conserver le legs. Mais, dira-t-on peut-être, il fallait reprouver cette condition comme on en reprouve beaucoup d'autres, parce qu'elles sont contraires à l'intérêt public. On voudra peut-être aussi imputer à cette mère de n'avoir pas demandé des curateurs. Mais si l'on suppose que la condition du legs les comprenait aussi (2), ne faudra-t-il pas excuser cette mère? On pourrait également lui imputer de n'avoir pas demandé au prince le rejet de cette condition; mais je pense qu'on ne le peut pas ».

« Je pense également qu'une mère est excusable de n'avoir pas demandé un tuteur pour son fils qui était insolvable, parce qu'elle a veillé à ce qu'il fût moins inquiété comme indéfendu ».

C'est pourquoi « si un individu a institué pour son héritière sa femme comme mère de son fils, en la chargeant, sans caution, de restituer sa succession à ce fils lorsqu'il serait devenu pubère, et qu'elle ne lui ait pas fait donner de tuteur, il faut dire qu'elle n'a pas encouru la peine de la constitution, parce qu'elle a suivi l'in-

(1) Il y a des empêchemens qui n'excusent point la mère : tels sont ceux qui s'opposent à ce qu'elle demande un tuteur par elle-même, mais lui laissent la faculté de remplir ce devoir par un autre. On ne met pas au nombre de ces empêchemens qui n'excusent pas la mère, les cas fortuits qui l'empêchent non-seulement de demander par elle-même un tuteur pour son fils, mais encore de le faire demander par un autre.

(2) Par exemple, si la condition porte qu'il n'aura ni tuteur ni curateur,

« Quod si ei remissa satisdatio non fuerit, contra erit; quoniam vel propter hoc debuit tutores habere ». *d. l.* 2. §. 46.

Extra hunc casum : « Quod si penitus egenis filiis non petit, ignoscendum est ei ». *d. l.* 2. §. 26.

XV. Denique « licet in delictis ætate neminem excusari constet, matri tamen, quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit : quum hoc in majoribus tantum obtineat ». *l.* 2. *cod.* 2. 35. *si adv. del. Dioclet. et Maxim.*

XVI. Vidimus quibus casibus mater excusetur.

« Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? Incidet, si nec petat, nec legitime tutelam administret (1) ». *sup. d. l.* 2. §. 25. *ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

§. IV. *Quæ sit pœna mulieris tutores filiis non petentis.?*

XVII. Constitutio D. Severi hanc pœnam continet, ut mater ab impuberis filii hereditate excludatur.

« Sed si forte impubes post matris cessationem fuerit adrogatus, et impubes obierit, dicendum erit matri adversus adrogatorem non competere ex stipulatu actionem (2) ». *d. l.* 2. §. 46. *v. sed si fort. ff.* 38. 17. *ad senatusconsultum Tertyll.*

XVIII. Videndum est, matre prohibita jus suum vindicare, utrum cæteros admittamus, atque si mater non esset : an ipsam heredem dicimus fieri, vel aliud nomen successionis induere; sed denegamus ei actiones (3). Et invenimus rescriptum ab Imperatore nostro Antonino Augusto et divo patre ejus, Mammiæ-Maximinæ,

(1) Impetrando illam a principe : supra *lib.* 26. *tit.* 1. *de tutel. n.* 6.

(2) Scilicet ad obtinendam quartam D. Pii, quam hoc casu adrogator his qui ab intestato successuri essent dare debet : de qua supra, *lib.* 1. *tit.* 7. *de adoptionib. n.* 30.

(3) Ratio contextus mihi videtur expostulare, ut hic punctum interrogans reponatur, quod vulgo ante illa verba, *sed denegamus ei actiones*. Hujus enim §. hæc quæstio est : an matri quæ filiis tutores non petiit, omnino non deferatur eorum hereditas; *vel aliud nomen successionis*, (id est, bonorum possessio) ; an duntaxat denegentur ei actiones hereditariæ, ita ut nomine et titulo tenus heres esse possit, non autem effectu?

tention du testateur, et que son fils n'avait pas besoin de tuteur lorsqu'il n'avait encore rien ».

« Mais il faudrait dire le contraire si elle n'eût pas été exempte de fournir caution; car pour fournir cette caution, il faudrait qu'elle eût fait donner des tuteurs ».

Hors ce cas, « on l'excusera pareillement de n'avoir pas demandé des tuteurs pour ses enfans, parce qu'ils étaient dans la plus profonde misère ».

XV. Enfin, « encore que l'âge n'excuse personne en matière de délits, il ne convient cependant pas de refuser la succession de ses enfans à une mère qui, dans sa dernière vieillesse, n'a pas demandé de tuteurs pour ses enfans. Cette sévérité de la loi n'a lieu que par rapport aux mères d'un âge qui leur permît de s'y conformer ».

XVI. Nous avons vu dans quels cas on excusait la mère.

« Si le père avait défendu de demander des tuteurs à ses enfans, parce qu'il voulait que leur mère administrât elle-même leurs biens, celle-ci encourait la peine de la constitution en n'en demandant pas, et en n'administrant pas légitimement la tutelle (1) ».

§. IV. *Quelle est la peine infligée à la mère qui n'a pas demandé de tuteurs pour ses enfans.*

XVII. La constitution de l'empereur Sévère dit que cette peine consiste à la priver de la succession de ses enfans impubères.

« Mais si son fils a été adrogé impubère, et est décédé avant d'avoir atteint l'âge de puberté, il faudra dire qu'elle n'aura pas l'action de la chose stipulée contre l'adrogateur (2) ».

XVIII. « Il faut examiner si la mère ayant perdu son droit, il en est par rapport aux autres héritiers comme si elle n'existait pas, s'il faut dire qu'elle devient héritière, si elle ne succède pas à ses enfans de quelqu'autre manière, ou si on lui refuse seulement les actions héréditaires (3); et nous trouvons un rescrit de notre au-

(1) En demandant cette grâce au prince. Voy. ci-dessus le titre *de la tutelle*, *n.* 6.

(2) Pour obtenir la quarte d'Antonin-le-Pieux, que l'adrogateur doit donner dans ce cas à ceux qui devaient hériter *ab intestat*, et dont on a parlé ci-dessus, *liv.* 1, au titre *des adoptions*, *n.* 30.

(3) Le sens du contexte me semble demander qu'on rapporte ici le point d'interrogation qu'on a coutume de trouver après les mots *sed denegamus ei actiones*; car la question dont il s'agit dans ce paragraphe, est celle de savoir si l'on doit refuser absolument à la mère qui n'a point demandé des tuteurs pour ses enfans, tout droit à la succession civile ou prétorienne, ou seulement les actions héréditaires, de manière à lui laisser le titre et le nom d'héritière, sans lui en conserver les effets.

pridie idus aprilis, Plautiano iterum consule, *matre remota, eos admitti qui venirent, si mater non fuisset.* Ergo et agnati cæterique succedent, aut si nemo sit, bona vacabunt ». *d. l.* 2. §. 47.

XIX. « Hæc autem mater ab omni quidem bonorum vindicatione intestatorum filiorum repellitur. Si vero maritus ei fideicommissum a filio reliquerit, cui mulier non petit tutorem, *si sine liberis decesserit*; vel sub hac ipsa conditione, *si intestatus mortuus erit*, fideicommissi petitio, quæ ex alieno judicio descendit, non est perempta ». *l.* 4. §. 3. Tryph. *lib.* 13. disp.

Sed et ab intestati filii hereditate ita demum mater excluditur, si impubes decesserit. Verum « matres, quæ puberes amiserunt filios, licet impuberibus eis tutores non petierint, præscriptione tamen non petiti tutoris ad excludendam eorum successionem, minime debere præscribi certum est ». *l.* 3. *cod.* 6. 56. *ad senatusconsultum Tertyl. Constant.*

XX. Hactenus de pœna ex constitutione D. Severi adversus matrem quæ tutores filiis petere neglexit simpliciter. Est alius casus in quo graviorem pœnam incurrit, ex constitutione Theodosii et Arcadii. Ita illi: « Omnem matri, sive ab intestato, sive jure substitutionis (1) si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea, legitima liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum præstitum (2) adspiravit nuptias, antequam ei tutorem alium fecerit ordinari, eque quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persolverit ». *l.* 6. *cod.* 6. 56. *ad senatusconsultum Tertyll.*

XXI. Et ταυτα μεν, etc. (id est) « hæc quidem de tutoribus ». *l.* 2. §. 4. Modest. *lib.* 1. excusat.

ARTICULUS III.

Qui petant curatores adultis?

XXII. κουρατορας, etc. (id est) « curatores autem minores sibi ipsis petent; si quidem adfuerint, per seipsos; si abfuerit aliquis eorum, petet per procuratorem ». *d. l.* 2. §. 4. *v. curatores.*

(1) Mater quæ simpliciter non petiit tutorem, nonnisi intestati filii impuberis hereditate excluditur, ut modo supra vidimus: in hac vero specie quum gravius peccaverit, etiam a substitutione pupillari.

(2) Vid. supra, *lib.* 26, *tit.* 4. *de legitim. tutorib.*

guste empereur Antonin et de son père, adressé à Mammia-Maximina, la veille des ides d'avril, sous le second consulat de Plautianus, qui porte que *la mère étant exclue, les autres héritiers succèdent comme si elle n'eût point existé.* Les agnats et autres parens doivent donc succéder; et s'il ne se trouve point d'héritiers, la succession restera vacante ».

XIX. « Cette mère est à la vérité privée de toute réclamation sur les biens de ses enfans décédés sans tester; mais si son mari a chargé le fils pour qui elle n'a point demandé de tuteur, de lui payer un fidéicommis dans le cas où il décéderait sans enfans ou sans avoir testé, l'action pour demander ce fidéicommis ne sera pas périmée pour cela, parce que la privation n'en est pas comprise dans la peine infligée contre elle ».

Et même la mère n'est privée de la succession de son fils décédé sans tester, qu'autant qu'il est mort impubère; car « il est certain que la mère dont les enfans sont morts pubères, recouvre par la prescription le droit d'en hériter, bien qu'elle ne leur ait pas fait donner des tuteurs pendant qu'ils étaient impubères ».

XX. Nous avons parlé jusqu'ici de la peine infligée par la constitution de Sévère, contre la mère qui avait simplement négligé de faire donner des tuteurs à ses enfans; mais il y a un cas dans lequel cette mère encourt une plus grande peine, d'après la constitution de Théodose et d'Arcade. « Nous voulons, disent-ils, qu'on refuse à la mère toute espèce de droit à la succession de son fils, soit *ab intestat*, soit à titre de substitution (1), s'il est décédé impubère, et qu'ayant accepté sa tutelle, elle ait convolé à de secondes noces malgré son serment (2), avant de lui faire donner un autre tuteur, et de lui payer ce qu'elle lui devait par son compte de tutelle ».

XXI. « Voilà ce qui concerne les tuteurs ». *l.* 2. §. 4. Modest. dans son traité *des excuses à proposer.*

ARTICLE III.

Quelles personnes peuvent demander des curateurs pour les adultes.

XXII. « Mais les curateurs sont demandés par les mineurs eux-mêmes, s'ils sont présens, et celui d'entr'eux qui est absent le fait demander par procureur ».

---

(1) La mère qui n'a fait simplement que ne point demander de tuteur pour son fils, n'est exclue que de la succession *ab intestat* de ce fils mort impubère, comme nous l'avons vu ci-dessus; mais comme dans cette espèce elle s'est rendue plus coupable, elle perd aussi les avantages de la substitution pupillaire.

(2) Voy. ci-dessus le titre *des tuteurs légitimes*, *n.* 12.

« An autem alius petere curatorem possit minori, quæsitum est? Et Ulpianus egregie ita scribit : Non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi ». *d. l.* 1. §. 5.

Hinc Modestinus : « Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, non etiam curatoribus, observatur; nisi quo casu impuberi curator petendus est ». *l.* 1. *lib.* 7. dif.

Hinc, « et apud Paulum, libro 9 Responsorum, ita relatum est : Curatorem ignorante, nec mandante pupilla, non recte ei a tutore (1) petitum videri; periculumque eorum quæ curator non jure datus gessit, non sine ratione, eum qui petit, cogendum agnoscere ».

« Et alia parte ejusdem libri ita respondit : si matris judicium princeps secutus, curatores filiæ ejus dedit, periculum administrationis eorum eam respicere debere». *sup. d. l.* 2. §. 5. *v. fin.*

XXIII. Quod hactenus diximus, curatorem adulti nonnisi ipso petente dari, limitationem patitur in eo curatore qui ad litem datur. Nam si ipse minor admonitus hunc petere cessaverit, petente eo qui cum ipso litigaturus est, dabitur.

Sic enim rescribit Antoninus : « Admone adolescentem adversus quem consistere vis, ut curatores sibi dari postulet, cum quibus, secundum juris formam, consistas; qui si in petendis his cessabit potes tu competentem judicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur ». *l.* 9. *cod.* 5. 31. *h. t.*

Similiter Gordianus : « Admone eam quæ quondam pupilla tua fuit, (quum eam non tantum viri potentem esse sed etiam nupsisse proponas) ut sibi petat curatorem. Quod si ea petere neglexerit, quo maturius possis rationem redderem administrationis, adito eo cujus super ea re notio est, petere curatorem non vetaberis». *l.* 7. *cod.* 5. 31. *h. t.*

TITULUS VII.

De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

Recensitis jam variis tutelarum speciebus, Pandectarum ordina-

(1) Tutor, finita per pubertatem pupillæ tutela, ei curatorem petiit.

« Mais on a voulu savoir si d'autres personnes ne pouvaient pas demander un curateur pour un mineur; et le savant Ulpien a répondu que le mineur devait le demander lui-même, et que personne ne pouvait le demander pour lui ».

C'est pourquoi Modestinus dit : « Le soin que la mère doit avoir de demander des tuteurs pour son fils, n'a pas lieu par rapport à ses curateurs, si ce n'est quand il faut lui en donner avant qu'il ait atteint l'âge de puberté ».

C'est pourquoi on lit dans Paul, « que le tuteur d'un pupille ne peut pas régulièrement (1) demander un curateur pour elle à son insu ou sans son consentement, et que celui qui l'aurait demandé doit supporter les risques de sa gestion pour l'avoir demandé sans droit ».

« Et il a répondu dans un autre passage du même livre, que quand le prince lui-même aurait, conformément à la demande de la mère, donné des curateurs à la fille, ces curateurs n'en auraient pas moins administré aux risques et périls de la mère ».

XXIII. Ce que nous avons dit jusqu'ici, qu'on ne donnait des curateurs aux adultes qu'autant qu'ils les demandaient eux-mêmes, souffre exception par rapport au curateur donné pour les affaires contentieuses; car si le mineur, averti par sa partie adverse, n'en a pas demandé, il lui en sera donné un sur la demande de cette partie adverse.

Car Antonin dit dans un rescrit : « Avertissez l'adolescent avec lequel vous vous proposez d'entrer en instance, de se faire donner des curateurs contre lesquels vous puissiez agir suivant la forme du droit; et s'il n'en demande pas, vous pourrez vous adresser vous-même au juge compétent, auquel vous demanderez d'en nommer d'office ».

Gordien dit également : « Vous pouvez forcer votre ancienne pupille à se faire donner un curateur; laquelle d'après votre exposé vous dites être, non-seulement nubile, mais encore mariée : si elle ne veut pas le demander, pour n'être pas retardé dans la reddition de votre compte, vous pourrez vous adresser aux juges compétens sur cette matière, et le leur demander vous-même pour elle ».

TITRE VII.

De l'administration des tuteurs et des curateurs; des périls qu'ils doivent supporter, soit qu'ils gèrent ou qu'ils ne gèrent pas, et des actions actives et passives qui en dérivent, soit qu'il n'y en ait qu'un, ou qu'il y en ait plusieurs.

APRÈS avoir traité des différentes espèces de tutelles, les ré-

(1) Ce tuteur a demandé un curateur pour sa pupille, la tutelle ayant cessé par la majorité de cette même pupille.

tores in hoc titulo tractant de earum, simul et curationum *administratione et periculo.*

Hujus tituli materia in sex articulos dividetur. Primus erit de his quæ sunt prævia administrationi tutelæ vel curæ. Secundus aget de decernenda uni, vel dividenda inter plures tutelæ vel curæ administratione. In tertio tractabitur quomodo ad administrandum compellantur tutores et curatores, et de periculo eorum qui cessant. In quarto exponemus quæ complectatur, nec ne, tutoris administratio. In quinto quæremus quando finiatur. In sexto videbimus quam vim obtineant a tutore gesta. De actionibus quæ ex hac administratione descendunt, agemus proprio titulo infra de tutel. et rat. distrah. *lib. seq. tit.* 3.

Articulus I.

De his quæ sunt prævia administrationi tutelæ vel curæ.

I. Duo sunt administrationi tutelæ vel curæ prævia : scilicet tutorum vel curatorum satisdatio *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*, et inventarium quod tutores conficere debent.

Præter hæc duo, requiritur ex Novella LXXII, cap. fin ut tutor juret tactis evangeliis se ex fide administraturum.

De hoc jurejurando, id unum sufficiat. Circa satisdationem autem (quamvis sit proprius de illa titulus infra *lib.* 46. *tit.* 6.), tamen hic quærendum videtur : 1°. qui tutores, vel curatores satisdare teneantur ; 2°. quatenus sit necessaria satisdatio ; 3°. quomodo tutores et curatores compellantur ad satisdandum. Pauca subjungemus de inventario.

§. I. *Qui tutores vel curatores satisdare teneantur?*

II. Et 1°. videamus de tutoribus legitimis. « Etiam hos cogi satisdare certum est ; in tantum, ut etiam patronum et patroni filium cæterosque liberos ejus, cogi *rem salvam fore* satisdare, plerisque videatur ».

« Sed hoc, causa cognita, prætorem statuere debere melius est ; utrum debeat satisdare patronus liberique ejus, an non : ut, si persona honesta sit, remittatur ei satisdatio, et maxime si substantia modica sit : Si autem patroni persona vulgaris vel minus honesta sit, ibi dicendum est satisdationem locum habere : ut aut modus tutelæ, aut persona, aut causa admittat satisdationem ». *l.* 5. §. 1. *ff.* 26. 4. *de legitim. tutor.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

dacteurs des Pandectes traitent dans ce titre de l'administration et des périls, tant des tuteurs que des curateurs.

La matière de ce même titre sera divisée en six articles. Le premier comprendra ce qui précède l'administration de la tutelle ou de la curatelle. Dans le second, on traitera de l'administration de la tutelle ou de la curatelle à décerner à un seul ou à diviser entre plusieurs. On verra dans le troisième, comme on force les tuteurs et curateurs à administrer, et les périls qu'ils courent en s'y refusant. Dans le quatrième, nous dirons ce qui entre ou qui n'entre pas dans l'administration de la tutelle. Nous examinerons dans le cinquième quand finit cette administration; et dans le sixième, quelle est la force des actes passés par le tuteur. Nous traiterons sous un titre particulier des actions qui dérivent de cette administration. Voyez dans le livre suivant le titre *de la tutelle et de la reddition des comptes.*

ARTICLE I.

De ce qui précède l'administration de la tutelle ou de la curatelle.

I. Deux choses précèdent l'administration de la tutelle ou de la curatelle; savoir, la caution que doivent donner le tuteur ou le curateur, de conserver les biens du pupille ou de l'adolescent, et l'inventaire que doivent faire faire les tuteurs.

Outre ces deux choses, la Novelle LXXII exige encore que le tuteur jure, la main sur l'évangile, qu'il administrera de bonne foi ».

Nous ne dirons rien de plus sur ce serment: mais par rapport à la caution, encore qu'on en doive traiter séparément sous son titre particulier, ci-après, il paraît cependant nécessaire d'examiner ici, 1°. quels tuteurs ou curateurs doivent la fournir; 2°. jusqu'à quel point elle est nécessaire; 3°. comment on force les tuteurs et curateurs à la fournir. Nous y subjoindrons quelque chose sur l'inventaire.

§. I. *Quels tuteurs ou curateurs sont obligés de donner caution.*

II. Traitons d'abord cette question par rapport aux tuteurs légitimes. « Il est certain qu'ils doivent eux-mêmes fournir caution de la conservation des biens du pupille, puisque la plupart des jurisconsultes pensent que le patron lui-même, son fils et ses autres enfans, peuvent y être contraints ».

« Mais le mieux est de dire que le préteur doit décider en connaissance de cause si le patron et ses enfans doivent fournir cette caution, pour les en dispenser s'ils sont des personnes honnêtes, surtout si la fortune du pupille est modique, et même pour exiger d'eux cette caution, s'ils sont eux-mêmes peu solides, c'est-à-dire, pour l'ordonner ou en dispenser, suivant la solvabilité de la personne et la valeur des biens à administrer ».

Maxime autem in specie sequenti, a patrono tutore satisdatio exigenda erat; scilicet, quum patronus is esset, qui impuberem manumittere, eique hereditatem restituere rogatus, non nisi coactus hereditatem adivit.

De hac specie ita Papinianus : « Quamvis autem a patrono, *rem salvam pupillo fore* non facile cautio exigatur, tamen senatus pro extraneo haberi voluit eum qui (quod in ipso fuit) etiam libertate privavit impuberem. Et jus quidem liberti quod habet, qui ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum : tutela vero sine vinculo cautionis non committitur. Quid ergo si non caveat ? Non dubie tutela non erit apud patronum ». *l.* 13. §. 1. *ff.* 26. 5. *de tutor. et curat. dat.* Papin. *lib.* 11. quæst.

Obiter nota : « Sed si puella duodecimum annum impleverit, tutor desinit esse. Quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent, si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis (1) ». *d. l.* 13. §. 2.

Hactenus de legitimis tutoribus.

III. « 2°. Testamento datos tutores non esse cogendos satisdare *rem salvam fore*, certo certius est ». *l.* 17. *ff.* 26. *t.* 2. *de testam. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Idem de his qui a patre non jure dati confirmantur.

Sic enim Julianus : « Qui a patre tutor scriptus est, aut non justo testamento, aut non ut lege præcipiebatur, confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde ac si ex testamento tutor esset, id est, ut satisdatio ei remittatur ». *l.* 3. *ff.* 26. 3. *de confir. tut. lib.* 11. dig.

IV. 3°. Item non satisdant quicumque ex inquisitione a majoribus magistratibus dantur. Instit. *lib.* 1. *t.* 24, de satisdat. tutor. in pp.

A magistratibus autem municipalibus dati satisdant.

Hinc Papinianus : « Tutores a patruo testamento datos jussit prætor magistratus confirmare : hi cautionem quoque accipere debuerunt. Nec voluntas ejus (2) qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratuum excusat ».

Denique prætor non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis. Unde sequitur ut, si tutelæ tempore solvendo non fuerint, in id quod de bonis eorum servari

(1) Scilicet quum a majore magistratu datur ex inquisitione infra *n.* 4.

(2) Patrui, scilicet.

Mais il faudra exiger la caution du patron, surtout dans l'espèce suivante, c'est-à-dire, si le patron ayant été chargé d'affranchir l'impubère et de lui remettre la succession du testateur, n'a accepté la succession que parce qu'il y a été contraint.

Papinien a dit sur cette espèce : « Bien qu'on exige rarement d'un patron la caution de conserver les biens de pupille, le sénat a voulu qu'on regardât comme étranger celui qui avait voulu, autant qu'il était en lui, priver l'impubère de la liberté. On ne lui ôte cependant pas le droit qu'il a acquis sur cet affranchi, auquel il donne la liberté en vertu du fidéicommis ; mais on ne lui donne la tutelle qu'avec caution. Qu'arrivera-t-il donc s'il ne fournit pas cette caution ? Il est certain qu'il ne doit pas conserver cette tutelle ».

Observez en passant que « la tutelle d'une fille finit quand elle a atteint sa douzième année, et que cependant, comme on donne des curateurs aux mineurs d'âge qui en demandent, si elle demande son patron pour curateur, et qu'il lui soit donné après informations, il sera dispensé de fournir cette caution (1) ».

Tout ceci concerne les tuteurs légitimes.

III. 2°. « Il est très-certain que les tuteurs donnés par testament ne sont pas forcés de fournir caution de conserver les biens ».

Il en est de même des tuteurs irrégulièrement donnés par le testateur, et qui ont besoin d'être confirmés.

Car Julien dit : « Le tuteur qui a été donné par le père, mais dans un testament nul, ou d'une manière illégale, doit être confirmé dans la tutelle, comme s'il eût été légalement donné par testament, c'est-à-dire, également dispensé de la caution ».

IV. 3°. Cette caution n'est pas exigée des tuteurs qui sont donnés par les magistrats supérieurs aprés les informations.

Mais ceux qui sont donnés par les magistrats municipaux n'en sont pas exempts.

C'est pourquoi Papinien dit : « Le préteur permet aux magistrats de confirmer les tuteurs donnés par le testament de l'oncle paternel, mais en les assujettissant à fournir caution, et la volonté de celui qui n'avait pas le droit de donner des tuteurs (2), n'excuserait pas leur négligence à cet égard ».

« Enfin, le préteur ne peut les confirmer par son décret qu'après des informations qui établissent leur solvabilité ; d'où suit que s'ils se trouvent avoir été insolvables à l'époque de leur confirmation

(1) C'est-à-dire, s'il est donné par le magistrat supérieur après les informations. Voy. ci-après *n.* 4.

(2) C'est-à-dire, de l'oncle paternel.

non possit, contra magistratus (1) actio decernatur ». *l.* 5. *ff.* 26. 3. *de confirm. tut. lib.* 11. *quæst.*

V. Hi quibus remitti satisdationem diximus, interdum aut satisdare, aut administratione cedere tenentur, scilicet contutori satis offerenti. Nam « dativus vel testamentarius tutor sive curator non petet *satis* a collega suo; sed offerre ei poterit utrum *satis* accipere velit, an dare ». *l.* 7. *ff.* 46. 6. *rem pupilli vel adolescent.* Modest. *lib.* 6. *regul.*

De ea re plura *art. seq.*

§. II. *Quatenus necessaria est satisdatio?*

VI. Antequam satisdederint tutores vel curatores, administrare non possunt. Hinc Valerianus et Gallienus : « Si nondum vobis ætas legitima completa est, satisdationem ab his quos minus idoneos curatores vobis ab adversario quum magistratu fungeretur, datos dicitis, postulate. Prohibentur enim ab administratione, nisi securitati vestræ satisdatione prospexerint ». *l.* 1. *cod.* 5. 42. *de tutore vel curat. qui satis, etc.*

Quinetiam, si quid gesserint, ipso jure nullum est.

Ita enim rescribunt Dioclet. et Maxim. : « In dubium non venit tutores, qui testamento dati non sunt, administrandi potestatem, nisi satisdatione emissa *salvam tutelam fore*, non habere. Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non caverat, judicio expertus est, adversus eum lata sententia juri tuo officere non potuit, nec ea, quæ ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea quæ ab eo gesta sunt, ipso jure irrita sunt ». *l.* 3. *cod* 5. 42. *de tit.*

Ita etiam rescribunt constantinus et Maximianus : « Tutor qui satisdationem, quum satisdare debuit, minime interposuit, nihil omnino ex bonis pupilli alienare potest ». *l.* 5. *cod. de tit.*

VII. Ea tamen quæ moram non recipiunt, ante satisdationem exhibitam possunt exequi. Hinc statis subjicitur : « Posteaquam autem ad tutelæ administrationem electus est, et bonorum possessionem pupilli nomine agnoscere eum potuisse, et cætera ejus quæ tempore arctarentur, persequi debuisse aperte claret ». *d. l.* 5. *cod.* 5. 42.

§. III. *Quomodo tutor vel curator compellatur ad satisdandum?*

VIII. « Eum tutorem qui superest (2), si secundum præsidis præceptum et juris formam satis non dat, removeri a tutela, si ino-

(1) Municipales, quibus prætor mandavit ut inquirerent vel satis exigerent.

(2) Cæteris defunctis.

il y a action contre les magistrats (1) pour le dommage qu'en aura éprouvé le pupille ».

V. Quelquefois ceux que nous avons dit être dispensés de la caution, sont obligés de la fournir ou de quitter l'administration de la tutelle, comme, par exemple, lorsque le cotuteur offre de fournir cette caution; car « le tuteur ou curateur donné par le magistrat ou par le testament, ne pourra pas demander la caution à son collègue; mais il pourra lui laisser le choix de la recevoir ou de la fournir lui-même ».

Nous aurons encore lieu de nous étendre amplement sur cette matière dans l'article suivant.

§. II. *Jusqu'à quel point cette question est nécessaire.*

VI. Les tuteurs ou curateurs ne peuvent s'ingérer dans l'administration de la tutelle qu'après avoir fourni caution. C'est pourquoi Valérien et Gallien disent : « Si vous n'avez pas encore atteint l'âge de puberté, demandez caution à ceux que vous a donnés pour curateurs votre adversaire lorsqu'il était magistrat, et qui sont insolvables; car ils ne peuvent pas s'ingérer dans l'administration de vos biens, sans vous avoir fourni caution de les conserver ».

Tout ce qu'ils auront fait auparavant sera même nul de plein droit.

Car Dioclétien et Maximien disent que « les tuteurs qui n'ont pas été donnés par testament, ne peuvent pas administrer avant d'avoir fourni caution de conserver les biens; d'où suit que si le tuteur qui ne vous a pas donné caution de sa gestion a été actionné et condamné, le jugement rendu contre lui ne peut pas préjudicier à vos droits, et que tout ce qu'il a fait est comme non avenu. Vous réclamez donc en vain le secours de la restitution en entier, puisque tout ce qu'il a fait est nul de plein droit ».

Constantin et Maximien disent aussi dans un rescrit, que « le tuteur qui n'a pas présenté la caution qu'il devait fournir, ne peut rien aliéner des biens de son pupille ».

VII. Un tuteur peut cependant, avant de fournir caution, faire les choses qui ne sont point susceptibles de délai. C'est pourquoi on ajoute immédiatement : « Il est évident qu'un tuteur peut, dès qu'il a été autorisé à administrer, et a pu connaître les affaires de son pupille, gérer celles pour lesquelles il y aurait péril dans la demeure ».

§. III. *Comment un tuteur ou curateur sont contraints de fournir la caution dont ils sont tenus.*

VIII. « Le gouverneur de la province ordonnera que le tuteur survivant (2) qui n'aura pas fourni la caution qui lui était prescrite

(1) Municipaux que le préteur a chargés de faire faire ces informations, ou de faire donner la caution.

(2) Les autres étant morts.

pia hoc faciat, sine infamia; si fraude, etiam cum nota, aditus rector provinciæ jubebit ». *l.* 2. *cod.* 5. 42. *de tutor. vel cur. qui satis non ded.*

IX. Εαντις, etc. (id est) « si quis creabitur tutor existens in patris potestate, deinde pater noluerit pro eo cavere, jusserunt leges et ipsum patrem creari tutorem, ut nullo modo impediatur tutelæ cautio, ut ostendit Divi Hadriani constitutio ».

« Imperator Hadrianus Bitrasio-Pollioni (1) legato Lygdo-
» nensi (2): si Claudius-Macer, quamvis filiusfamilias sit, ido-
» neus tutor esse videbitur; pater autem ejus idcirco cavere non
» vult, ut filium suum tutela eximat, et in hoc artificio persevera-
» verit: existimo te huic fraudi recte occursurum, ut et filius, et
» ipse, ad tutelam liberorum Clementis gerendam compellantur ».
l. 15. §. 17. *ff.* 27. 1. *de excusat.* Modest. *lib.* 6. *excusat.*

§. IV. *De inventario.*

X. « Tutor qui repertorium non fecit (quod vulgo *inventarium* appellatur), dolo fecisse videtur; nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex jurejurando in litem æstimatur ».

« Nihil itaque gerere, ante inventarium factum, eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Hæc confirmavit Justinianus, præcepitque ut, nisi specialiter hæc testator vetuerit, teneantur tutores et curatores inventarium rerum pupilli conficere, nec interim possint administrationi se immiscere; et, si inventarium non conficiant, cum infamia removeantur ». *l. fin. cod.* 5. 51. *arbitrium tutel.*

ARTICULUS III.

De decernenda uni, vel dividenda inter plures tutelæ administratione.

§. I. *De decernenda uni administratione.*

XI. Quum plures tutores sunt, interdum uni decernitur administratio.

Et quidem, « si parens vel pater qui in potestate habet, destinaverit testamento quis tutorum tutelam gerat; illum debere gerere prætor putavit. Meritoque parentis statur voluntati, qui utique recto filio prospexit. Tantumdem prætor facit et de his quos pa-

(1) Cujacius legit *Vitrasio-Pollioni.*

(2) Haloand. *Lugdunensi.*

par l'ordonnance du président et la forme du droit, soit destitué de la tutelle, sans infamie, si c'est à cause de sa pauvreté, et avec infamie, en cas de mauvaise foi de sa part ».

IX. « Si un individu a été donné pour tuteur, étant encore sous la puissance de son père, et que son père aît refusé de fournir caution pour lui, la loi a voulu que le père fût établi tuteur à sa place, pour que la tutelle ne fût pas administrée sans cautionnement, comme le porte la constitution de l'empereur Adrien ».

» L'empereur Adrien à Bitrasius-Pollion (1) son lieutenant à » Lyon (2): Si Claudius-Macer, quoique fils de famille, paraît assez » solvable pour être tuteur, et que son père refuse de le cautionner » pour lui faire retirer la tutelle, je pense que vous ferez bien de » vous opposer à cette fraude s'il y persévère, afin que son fils et » lui-même soient forcés de gérer la tutelle des enfans de Clé- » ment ».

§. IV. *De l'inventaire.*

X. « Le tuteur qui n'a pas fait le répertoire, vulgairement appelé *inventaire*, est censé avoir frauduleusement omis de le faire, à moins qu'il ne puisse en alléguer des empêchemens irrésistibles, ou du moins de très-justes raisons. Si donc c'est par dol qu'il a négligé de faire cet inventaire, il sera tenu de l'intérêt qu'avait le pupille à ce qu'il fût fait, sur son serment en justice ».

« Le tuteur ne peut donc rien faire avant cet inventaire, si ce n'est ce qui ne peut être susceptible d'aucun délai ».

Justinien confirma tout cela, et voulut, hors le cas où le testateur l'aurait défendu, que les tuteurs et les curateurs fussent tenus de faire inventorier tous les biens du pupille, qu'ils ne pussent s'immiscer dans leur administration qu'après avoir fait faire cet inventaire, et qu'à défaut de ne l'avoir fait faire, ils fussent destitués avec infamie.

ARTICLE III.

De l'administration de la tutelle à décerner à un seul, ou à diviser entre plusieurs.

§. I. *De l'administration à décerner à un seul.*

XI. Lorsqu'il y a plusieurs tuteurs, on décerne quelquefois l'administration à un seul.

Et même « si le père ou aïeul, sous la puissance duquel était le pupille, a nommé dans son testament celui qu'il voulait qui administrât sa tutelle, le préteur a pensé qu'elle devait être administrée par celui-là; et c'est avec raison qu'il a déféré aux vœux

(1) Cujas lit *Vitrasio-Pollioni.*

(2) Haloandre lit *Lugdunensi.*

rens destinavit testamento, ipse autem confirmavit; ut, si parens declaravit quem velit tutelam administrare, ille solus administret». *l.* 3. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum prætor dicat, cui testator delegavit, attamen nonnunquam ab hoc recedet : ut puta, si pater minus penso consilio hoc fecit; forte minor viginti quinque annis : vel eo tempore fecit, quo iste tutor bonæ vitæ vel frugi videbatur; deinde postea idem cœpit male conversari ignorante testatore; vel si contemplatione facultatum ejus res ei commissa est, quibus postea exutus ». *d. l.* 3. §. 3.

« Nam, etsi unum pater dederit tutorem, nonnunquam ei adjunguntur curatores. Nam Imperator noster cum patre rescripsit, quum duos quis libertos suos tutores dedisset, unum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, curatores eis adjungendos : nec patris secuti sunt voluntatem ». *d. l.* 3. §. 4.

« Quod in tutoribus scriptum est, et in curatoribus erit observandum, quos pater testamento destinavit, a prætore confirmandos ». *d. l.* 3. §. 5.

XII. Et hæc quidem de casu quo testator eum elegit qui gereret. Quod « si non erit a testatore electus tutor, aut gerere nolet : tum is gerat, cui major pars tutorum tutelam decreverit. Prætor igitur jubebit eos convocari : aut, si non coïbunt, aut coacti non decernent, causa cognita ipse statuet quis tutelam geret ». *d. l.* 3. §. 7.

« Plane si non consentiant tutores prætori, sed velint omnes gerere, quia fidem non habeant electo, nec patiuntur succedanei esse alieni periculi, dicendum est prætorem permittere eis omnibus gerere ». *d. l.* 3. §. 8.

XIII. Illud etiam in testamentariis tutoribus observatur. Hi enim satisdare quidem non coguntur, « sed nihilominus quum quis offert satisdationem, ut solus administret, audiendus est, ut edicto cavetur. Sed recte prætor etiam cæteris detulit hanc conditionem, si et ipsi velint satisdare. Nam et, si ipsi parati sunt satisdare, non debent excludi alterius oblatione : sed, impleta videlicet ab omnibus satisdatione, omnes gerent; ut qui contentus est magis satis accipere, quam gerere, securus esset ». *l.* 17. *v. sed nihilominus, ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Utilius tamen quandoque videtur tutelam ab uno geri. Et de eo casu accipe quod dicitur : « Quod si plures satisdare parati sint,

de l'aïeul ou du père qui ont dû pourvoir sagement à l'intérêt de leur fils ou petit-fils. C'est à quoi se conforme le préteur lui-même en confirmant leurs volontés, et en faisant administrer la tutelle exclusivement par celui qu'ils ont déclaré vouloir être celui qui l'administrât ».

« Mais bien que le préteur dise qu'il donnera de préférence la tutelle à celui que le testateur aura indiqué, toutefois il ne le fait pas toujours ; par exemple, lorsque ce testateur encore mineur de vingt-cinq ans, et dont le jugement n'était pas encore assez mûr ; lorsque le tuteur qui paraissait d'une bonne conduite à l'époque du testament, l'avait dans la suite démentie à l'insu du testateur, ou lorsque le tuteur paraît avoir été donné en considération d'une fortune qu'il a ensuite perdue ».

« Car bien que le père n'ait nommé qu'un tuteur, on lui adjoint souvent des curateurs, parce que notre Empereur et son père ont dit dans un rescrit que si un père avait donné pour tuteurs à son fils deux de ses affranchis, en les chargeant d'administrer, l'un ses biens d'Italie, et l'autre ses biens d'Afrique, il fallait leur adjoindre des curateurs; en quoi ils n'ont pas suivi à la lettre les dernières volontés de ce père ».

« Ce qui vient d'être dit des tuteurs, est également applicable aux curateurs que le père a nommés par son testament, et que le préteur devait confirmer ».

XII. Tout ceci est relatif au cas où le testateur a choisi celui qui devait gérer la tutelle. Mais « s'il n'y a point de tuteur choisi par le testateur, ou que celui qui a été choisi refuse de gérer, alors ce sera l'individu qu'aura choisi la majeure partie des tuteurs. Le préteur ordonnera donc qu'ils soient convoqués, mais s'ils ne se réunissent pas ou ne s'accordent pas pour décerner l'administration de la tutelle, il la décernera lui-même en connaissance de cause ».

« S'ils n'approuvent point le choix du préteur, s'ils veulent gérer tous, parce qu'ils n'ont point de confiance en celui qui a été préféré, et ne veulent pas courir les risques de la mauvaise gestion d'autrui, il faut dire qu'alors le préteur doit leur permettre de gérer en commun ».

XIII. Il faut encore observer la même chose par rapport aux tuteurs testamentaires, parce qu'ils ne sont pas forcés de donner caution ; « mais cependant si l'un d'eux offre de fournir caution pour administrer seul, il faudra l'écouter, comme le prescrit l'édit. Le préteur pourra aussi proposer la même condition aux autres ; car s'ils consentent tous à fournir caution, ils ne doivent pas être exclus par celui qui l'aurait offerte le premier ; et s'ils la fournissent tous, ils géreront tous en commun ; de manière que celui qui aimerait mieux recevoir la caution que de gérer avec les autres, n'aurait aucuns risques à courir ».

Il paraît cependant quelquefois plus avantageux que la tutelle soit gérée par un seul; et c'est de ce cas qu'il faut entendre ce qui est-

tunc idoneior præferendus erit, ut et tutorum personæ inter se, et fidejussorum comparentur ». *l.* 18. *d. tit.* Callistrat. *lib.* 3. *edicti monitorii.*

XIV. Non omnimodo autem is qui satisdet, præferendus est. Quid enim si suspecta persona sit, vel turpis, cui tutela committi nec cum satisdatione debeat? vel quid, si jam multa flagitia in tutela admisit? Nonne magis repelli et rejici a tutela, quam solus administrare debeat »?

» Nec satis non dantes temere repelluntur; quia plerumque bene probati et idonei atque honesti tutores, etiamsi satis non dent, non debent rejici; quinimo, nec jubendi sunt satisdare ». *sup. d. l.* 17. §. 1. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.*

« Duplex igitur causæ cognitio est: una ex persona ejus qui obtulerit satisdationem, quis et qualis sit; alia conturorum quales sunt, num forte ejus existimationis vel ejus honestatis sint, ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire ». *d. l.* 17. §. 2.

XV. Observandum hanc satisdationis conditionem a solo contutore offerri posse. Quod « si nemo tutorum provocet ad satisdationem, sed existat quidam qui tutor non est, desideretque ut aut tutores, aut, si non dent, parato sibi satisdare committant tutelam, non est audiendus: neque enim aut extero committenda tutela est, aut testamento dati tutores contra jus satisdationi subjiciendi sunt ». *l.* 19. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

XVI. Hactenus de testamentariis tutoribus. Et quidem « hoc edictum *de satisdatione* ad tutores testamentarios pertinet. Sed et si ex inquisitione dati sunt tutores, Marcellus ait, et ad hos pertinere hoc edictum, et id oratione etiam divorum fratrum significari: ideoque et illi clausulæ sunt subjecti: *ut si cui major pars tutorum decernat, is gerat quem major pars eligat:* quamvis verba edicti ad testamentarios pertineant ». *d. l.* 19. §. 1.

Et alibi: « In legitimis, et in his qui a magistratibus dantur, quæsitum est an uni decerni tutela possit? Et ait Labeo, et uni recte tutelam decerni: posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse. Quæ sententia utilitatis gratia admittenda est, ut uni decernatur administratio ». *l.* 5. §. 2. *ff.* 26. 4. *de legitim. tut.* Ulpian. *lib.* 35. *ad ed.*

« An ergo et provocare se invicem secundum superiorem clausulam possint? Et magis est ut, si omnes satis non dederint (1),

(1) Id est, nullus satis dederit.

dit, que « si plusieurs des tuteurs sont prêts à donner caution, il faudra alors préférer le plus solvable, après avoir fait la comparaison de leurs personnes et de leurs garans ».

XIV. « Mais il ne faut pas préférer celui qui a donné caution, par cela seul qu'il l'a donnée; car si c'était une personne suspecte ou honteuse à qui la tutelle ne dût pas être confiée, même avec caution, ou s'il s'était déjà rendu coupable de malversions nombreuses dans la tutelle, ne faudrait-il pas la lui retirer plutôt que de la lui laisser continuer seul »?

» Il est aussi quelquefois téméraire de rejeter ceux qui ne fournissent pas de caution; car souvent il se trouve des tuteurs d'une conduite à l'épreuve, très-honnêtes et très-solvables, qu'il faut cependant admettre, bien qu'ils ne présentent aucun garant, et à qui au contraire on ne doit pas en demander ».

« Il faut donc examiner deux choses à cet égard; 1°. les qualités de la personne qui a offert caution; 2° celles de ses co-tuteurs, et si leur demander caution ne serait pas faire injure à une réputation et à une probité reconnues qui doivent les en dispenser ».

XV. Il faut observer qu'il n'y a qu'un co-tuteur qui puisse proposer la condition de donner caution, « et que si aucun des tuteurs ne propose cette condition, mais que celui qui n'est pas tuteur demande que les tuteurs fournissent caution, en offrant de la donner lui-même sur leur refus, pour qu'on lui confère la tutelle, il ne doit pas être écouté, parce que la tutelle ne doit pas être confiée à un étranger, et qu'il est contre le droit d'assujettir à cette caution les tuteurs donnés par le testament ».

XVI. Nous avons parlé jusqu'ici des tuteurs testamentaires; et à la vérité « cet édit concernant la caution à fournir par les tuteurs, regarde pareillement les tuteurs testamentaires : et même lorsque les tuteurs ont été donnés après les informations, Marcellus dit que cet édit leur est également applicable, ainsi qu'on le lit dans le discours des deux frères, et que par conséquent ils sont soumis à la clause qui porte que *celui qui aura été choisi par le plus grand nombre d'entr'eux, doit administrer la tutelle*, encore que les termes de l'édit comprennent aussi les tuteurs testamentaires ».

On lit encore ailleurs : « On a demandé si l'on pouvait décerner la tutelle à un de plusieurs tuteurs donnés par les magistrats légitimes; et Labéon a dit que rien ne s'y opposait, parce que les autres pouvaient être absens ou atteints de démence; opinion que des raisons d'utilité générale doivent faire admettre, pour donner l'administration à un destuteurs ».

« Mais peuvent-ils se provoquer respectivement d'après la clause ci-dessus? Le mieux est de dire qu'ils ont cette faculté, si aucun d'eux n'a donné caution (1), ou s'ils en ont donné une qui n'existe

(1) C'est-à-dire, s'il n'y en a eu aucun qui ait donné caution.

vel si finita (1) est satisdatio (nonnunquam enim satisdatio ab eis non petitur, aut satis desinit esse cautum), aut magistratibus municipales ab eis quos dederint, aut non potuerunt (2), aut noluerunt satis exigere, posse dici etiam in his, quo casu cautum non est, admittendam provocationem ». *d. l.* 5. §. 3.

« An ergo et in patronis idem sit dicendum, maxime ubi cessat satisdatio? Et puto in patronis non oportere admitti provocationem, nisi ex magna causa; ne quis spem successionis deminuat. Nam si patrono tutela non fuerit commissa, poterit per compatronum damno adfici, qui solus rem pupilli male administrat ». *d. l.* 5. §. 4.

XVII. Vidimus quibus casibus, nec ne, decernatur uni ex pluribus tutoribus aut curatoribus administratio.

« Apparet igitur prætori curæ fuisse, ne tutela per plures administretur: quippe, etsi pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administretur (sæpe enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit) ne per multos tutela spargatur ». *l.* 3. §. 6. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Cæteri igitur (3) tutores non administrabunt; sed erunt hi quos vulgo *honorarios* appellamus ».

« Nec quisquam putet ad hos periculum nullum redundare. Constat enim hos quoque excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere. *Dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes*, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. Assidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet, et sollicite curare qualiter conversetur; et, si pecunia sit quæ deponi possit, curare ut deponatur ad prædiorum comparationem. Blandiuntur enim sibi, qui putant honorarios tutores omnino non teneri. Tenentur enim secundum ea quæ supra ostendimus ». *d. l.* 3. §. 2.

Plura de ea re vid. infra *lib. seq. tit.* 3. *de tutel. et rat. distrah.*

Idem dic de tutoribus notitiæ causa datis. Enimvero « Paulus respondit, eum quoque qui propter rerum notitiam (4) tutor da-

---

(1) V. G. quia fidejussores desierunt esse solvendo.

(2) Puta, quia tutores, non jure quidem, sed a patre dati, sine satisdatione a magistratu confirmari debebant.

(3) Quum uni administratio decreta est.

(4) Id est, qui dantur, non ut ipsi administrent, sed ut alios tutores instruant de pupilli fortunis quarum notitiam habent: quales dari solebant liberti qui domini sui actores aut dispensatores fuerant.

plus (1); (car quelquefois on ne la leur demande point, et quelquefois aussi celle qu'ils ont donnée n'existe plus); ou si les magistrats n'ont pas pu (2) ou n'ont pas voulu la faire donner à ceux qu'ils nommaient; auquel cas personne ne l'a encore fournie ».

« Faut-il donc dire la même chose à l'égard des patrons, surtout quand ils n'ont point donné de caution? Je pense qu'il ne faut admettre cette provocation à leur égard qu'avec une grande circonspection et connaissance de cause, pour ne pas diminuer l'espoir de la succession; car si un patron est exclus, son copatron pourra lui préjudicier par sa mauvaise administration ».

XVII. Nous avons vu dans quels cas on décerne ou on ne décerne pas l'administration de la tutelle à un de plusieurs tuteurs ou curateurs.

« Il paraît donc que le tuteur avait voulu que la tutelle ne fût pas administrée par plusieurs tuteurs ou curateurs, puisque, bien que le père n'eût pas désigné celui qu'il voulait qui gérât, il ne déférait pas moins la gestion à un seul; et en effet il est plus facile à un seul d'exercer les actions et les exceptions, qu'à plusieurs qui ne s'entendraient ni ne pourraient s'entendre ».

« Les autres tuteurs (3) n'administreront donc pas, mais seront ce qu'on appelle vulgairement *tuteurs honoraires* ».

» Qu'on ne pense pas que ces tuteurs honoraires n'auront aucun risque à courir; en effet, il est constant qu'on peut les actionner après avoir discuté les facultés de celui qui a géré, puisqu'ils sont donnés pour observer et surveiller ses actions. On pourra leur imputer quelquefois d'avoir vu le tuteur gérant malverser, sans l'avoir dénoncé comme suspect. Il faut donc qu'ils lui demandent souvent compte, et qu'ils veillent soigneusement sur sa manière d'administer : s'il lui reste dans les mains des sommes disponibles, ils doivent avoir soin de les lui faire déposer pour les placer en fonds de terre. C'est donc une erreur de croire que les tuteurs honoraires ne sont passibles de rien; car ils sont tenus à tout ce que nous venons de dire ».

Nous en verrons plusieurs preuves dans le livre suivant.

Il faut dire la même chose des tuteurs donnés pour éclairer ceux qui doivent administrer. En effet, « Paul a répondu que le tuteur donné seulement pour faire connaître les affaires (4), pouvait être

(1) Par exemple, parce que leurs garans sont devenus insolvables.

(2) Par exemple, parce que les tuteurs donnés, non par le droit, mais par le père, devaient être confirmés sans caution.

(3) Lorsque l'administration a été donnée à un seul.

(4) C'est-à-dire, qu'on donne, non pas pour administrer eux-mêmes, mais pour instruire les autres tuteurs sur les affaires du pupille qu'ils connaissent. C'était ainsi qu'on avait coutume de donner des affranchis qui avaient fait les affaires de leur maître, pour tuteurs à ses enfans.

tus, perinde in omnibus et administrationis et accessionis (1) jure conveniri posse, atque cæteros tutores, qui eodem testamento dati sunt ». *l.* 32. §. 1. *ff.* 26. 2. *de testam. tut.* Paul. *lib.* 9. *respons.*

§. II. *De dividenda inter plures tutores aut curatores administratione, et hujus divisionis effectu.*

XVIII. Administratio dividi potest in ipsa tutelæ vel curæ datione : ut quum alter rerum Italicarum, alter rei Africanæ tutor datur ; ut supra vid. *lib.* 26. *tit.* 2. *de testam. tut. n.* 13.

Item « constat eum, qui ad augmentum (2) datur (ut puta ad bona materna quæ postea accesserunt, vel ad quid aliud augmentum) administrare bona pristina non (3) solere. Si autem suspectum facere priorem tutorem supersedit, vel satis ab eo exigere, plectetur ». *l.* 9. §. 8. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

« Per contrarium autem, qui datus est simpliciter tutor pupillo vel curator, si quid postea augmenti accesserit, periculo tenetur, quamvis soleat ad augmentum dari curator : quæ res non facit ut ipsa augmenta non pertineant ad curam priorum, ad quos omnis utilitas pupillorum debet pertinere. Sive igitur datus est, communicatur periculum cum prioribus ; sive datus non est, tenetur administrationis necessitate is qui antea erat datus ». *d. l.* 9. §. 9.

XIX. Non solum in ipsa tutelæ datione dividi administratio potest, sed et si simpliciter dati fuerint.

Nam, « item si dividi inter se tutelam velint tutores, audiendi sunt ut distribuatur inter eos administratio ». *d. l.* 3. §. *fin.* Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« Vel in partes, vel in regiones ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 9. *ad ed.*

XX. Ex hac tutelæ divisione, scilicet, quum a testatore aut ex magistratus auctoritate facta est, duo effectus sequuntur.

Primus effectus divisionis tutelæ.

Divisa tutela, tutor non potest administrare nisi ea quæ pertinent ad partem regionemve quæ ipsi per divisionem obtigit.

---

(1) Sensus est, posse eos conveniri eo nomine quod tutela fuerit male administrata ; sed *accessionis jure*, id est excussis prius his qui administraverint, ut Cujacius recte interpretatur.

(2) Curator.

(3) Hoc igitur casu, ipsa datione divisa est hujus curationis administratio.

actionné comme ceux qui étaient donnés par le testament pour gérer la tutelle, en vertu de leur administration, quoique seulement comme leur garant (1) ».

§. II. *De l'administration à diviser entre plusieurs tuteurs et curateurs, et des effets de cette division.*

XVIII. On peut diviser l'administration de la tutelle et de la curatelle, même en donnant les tuteurs ou curateurs, de manière que l'un soit exclusivement tuteur pour les biens d'Italie, et l'autre pour les biens d'Afrique, comme on l'a vu ci-dessus sous le titre *de la tutelle testamentaire*, *n.* 13.

De plus, « il est constant que celui qui est donné (2) pour les biens à venir (comme par exemple pour les biens maternels ou autres à survenir), n'a pas coutume d'administrer l'ancien patrimoine du pupille (3); mais s'il a négligé d'exiger caution de celui qui en était chargé, ou de le dénoncer comme suspect, il sera passible de ces fautes ».

« Mais, réciproquement, celui qui a été simplement donné au pupille comme tuteur ou comme curateur, est tenu, à ses risques et périls, de la conservation des biens survenus depuis. Quoiqu'il soit d'usage d'en charger un curateur, le tuteur n'en est pas moins obligé de les conserver, parce qu'il est obligé de veiller à tous les intérêts de son pupille. Si donc on a donné un curateur, le tuteur partage ses périls avec lui; et si on n'en a pas donné, nécessairement il en reste seul chargé, comme aussi de toute l'administration ».

XIX. On peut diviser l'administration de la tutelle au moment où on la décerne; mais elle peut aussi l'être entre les tuteurs donnés purement et simplement.

Car « si les tuteurs veulent que la tutelle soit divisée entr'eux, il faudra les écouter et leur partager l'administration ».

« Ou par parties des biens, ou par provinces ».

XX. Cette division de la tutelle, quand elle a été faite par le testateur ou par le magistrat, produit deux effets.

Premier effet de la division de la tutelle.

Après la division de la tutelle, chaque tuteur ne peut administrer que la partie des biens, ou les biens de la province, qui lui est échue par cette division.

---

(1) Le sens est qu'on peut les actionner, parce que la tutelle a été mal administrée, mais par supplément de droit, c'est-à-dire, après avoir discuté ceux qui ont administré, comme le dit très-bien Cujas.

(2) Curateur.

(3) Dans ce cas donc l'administration de cette curatelle est divisée de fait par la manière dont elle a été décernée.

Hinc additur : « Et si ita fuerit divisa, unusquisque exceptione (1) summovebitur pro ea parte vel regione, quam non administrat ». *d. l.* 4.

Unde Constantinus : « Si divisum administrationis periculum per provincias sit, his tantum omnibus insinuari (2) convenit, et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelæ vel curæ officium sustinent : ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur ». *l.* 2. *cod.* 5. 40. *si ex plur. tutor.*

XXI. Tutor qui certæ provinciæ res administrat, non potest quidem, nisi ex contractibus suæ provinciæ agere, sed ei agenti recte compensatio, ex contractu alterius provinciæ objicitur.

Hoc docet Papinianus : « Inter tutores divisa tutela est : æquitas quæ merum (3) jus compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris, non differtur. Nam divisio tutelæ quæ non juris (4), sed jurisdictionis est, modum administrationi facit,

(1) Puta, si tutor cui rerum Italicarum administratio data est, conveniat debitorem provincialem pupilli, repelletur ab agendo hac exceptione, quod ei data non sit administratio rerum provincialium.

(2) Patet ex *l.* 1. *cod. Theod.* 2. 4. *de denunt. vel edit. rescr.* Constantinum, hujus legis auctorem, egisse tantum de solenni denuntiatione futuræ litis quæ olim in usu erat, et hoc tantum intendisse ut denuntiatio illa (quæ quum pupillo lis inferenda erat, fieri debebat omnibus tutoribus), posset eo casu quo tutela foret divisa, fieri iis tantum tutoribus quibus administratio data erat rerum ejus provinciæ ad quam hæc lis pertinebat Verum quum, Justiniani tempore, hæc solennis litis denuntiatio jam diu exolevisset, voluit profecto Justinianus hanc legem jam alio sensu accipi : illo nimirum, ut divisa a magistratu tutela, tutor non possit conveniri ex his causis quæ administrationem rerum alterius provinciæ, quam alter tutor administrat, spectarent. Hoc tamen non placet Jac. Gothofredo *ad d. l.* 1. *cod. Theodos.* nec etiam Cujacio, qui putant hanc legem ut merum vestigium juris veteris quod jam nullius usus esset, per oscitantiam Triboniani codici Justinianeo irrepsisse : divisionem enim tutelæ, utpote rem inter alios actam, non obesse quominus possit actor quemlibet ex tutoribus convenire. Nituntur argumento legis 36. *ff. h. tit.* modo infra *n.* seq. Sed hæc lex non dicit (quod volunt) posse tutorem primario conveniri ex contractu alterius provinciæ, sed tantum posse ei (si ipse egerit) compensationem ex illo contractu opponi, quæ mihi plane diversa videntur.

(3) Id est, quæ inducit compensationem ipso jure.

(4) Divisio tutelæ non fit ipso jure ; administratio tutelæ dividitur ex je

C'est pourquoi on ajoute : « Et si elle a été ainsi divisée, chacun des tuteurs sera repoussé par une exception (1), s'il s'ingère dans la partie des biens, ou dans les biens de la province dont il n'a pas l'administration ».

C'est pourquoi Constantin dit : « Si les périls de l'administration ont été divisés par provinces, le litige devra être seulement dénoncé à tous les tuteurs (2), afin que celui qui est chargé des affaires de la province, ou de la partie des biens qui lui est attribuée dans le partage des biens de la tutelle ou de la curatelle à qui l'affaire appartient, s'en charge, et que les défenseurs du mineur pour une province ne soient pas obligés d'aller le défendre dans un autre ».

XXI. Le tuteur qui administre les affaires d'une certaine province, ne peut actionner qu'en vertu des contrats passés dans cette province; mais on peut lui opposer en compensation une libération qui résulte des contrats passés dans une autre ».

Ainsi l'enseigne Papinien. « La tutelle a été divisée entre les tuteurs; mais l'équité qui a introduit le droit de compensation (3), ne permet pas qu'on la diffère, à cause du tuteur qui agit : car la division de la tutelle qui n'est pas de droit (4), mais

(1) Par exemple, si le tuteur qui a l'administration des biens d'Italie, actionne un débiteur du pupille en province, il sera repoussé par l'exception tirée de ce que l'administration des biens de province ne lui a pas été décernée.

(2) Il suit de la *l.* 1. *cod. Théod. sur la dénonciation ou de l'édit ou du rescrit*, que Constantin, auteur de cette loi, n'a eu en vue que la dénonciation solennelle du litige futur qui était autrefois en usage, et qu'il a seulement voulu que la dénonciation qui devait être faite à tous les tuteurs avant que d'intenter action contre le pupille, pût, dans le cas où la tutelle serait divisée, être faite seulement à celui qui avait l'administration des biens de la province où les parties devaient établir l'instance : mais comme du tems de Justinien cette dénonciation solennelle du litige futur était déjà tombée depuis long-tems en désuétude, il a certainement voulu qu'à l'avenir on entendît cette loi dans un autre sens, c'est-à-dire, en ce sens, que la tutelle ayant été divisée par le magistrat, l'un des tuteurs ne pût pas être actionné pour les objets relatifs aux biens d'une autre province, ou administrés par un autre tuteur. Cette interprétation n'a cependant pas obtenu le suffage de Jacques Godefroy, non plus que celui de Cujas. Ils pensent l'un et l'autre que cette loi, par la négligence de Tribonien, s'est glissée dans le code de Justinien comme un pur vestige d'un ancien droit depuis long-tems aboli, parce que la division de la tutelle, comme étrangère aux créanciers du pupille, ne pouvait les empêcher d'actionner ceux des tuteurs qu'il voudrait. Ils s'appuient sur la *l.* 36. *ff. du même titre*, que nous allons rapporter dans le numéro suivant. Mais cette loi ne dit pas ce qu'ils lui font dire, qu'on peut d'abord actionner le tuteur donné pour une province, en vertu d'un contrat passé dans un autre ; mais seulement que, si c'est lui qui actionne, on peut lui opposer la compensation qui en résulte, ce qui me paraît fort différent.

(3) C'est-à-dire, qui a introduit la compensation de plein droit.

(4) La division de la tutelle ne se fait pas de plein droit, et son admi-

et inter ipsos locum habet, nec experiri (1) cum pupillo volentibus obstare debet ». *l.* 36. Papin. *lib.* 3. quæst.

XXII. De quibusdam rebus dubitari potest ad cujus provinciæ administrationem pertineant; puta, de exactione ejus quod pupillo debetur : dicendum pertinere ad administrationem ejus provinciæ in qua debitor domicilium habet, quamvis res alibi sint.

Hoc maxime locum habere in fideicommisso hereditatis docet Papinianus. Ita ille : « Heres institutus qui non habuit substitutum, priusquam hereditatem adiret quam impuberi restituere debuit, vita decessit : quum hereditas in Italia esset, scriptus autem heres in provincia vita decessisset, tutores provincialium rerum culpæ nomine condemnandos existimavi, si, causam testamenti non ignorantes, utilitatem impuberis deseruerunt : nam hereditatis in provincia fideicommisso restituto, causam (2) quidem juris expediri potuisse; rerum autem administrationem ad eos recidere debuisse qui tutelam in Italia suscepissent ». *l.* 39. §. 3. Papian. *lib.* 5. resp.

Item ex eo quod instrumentum in certa provincia sit, non ideo exactio debitoris ad hujus provinciæ administrationem pertinet, quum debitor in alia provincia domicilium habet.

Hoc docet Scævola : « Tutores dati ad res italicas, instrumenta Romæ reperierunt debitorum provincialium, *ut pecunia* Romæ, aut ubicumque petitum fuerit, solvatur. Quæro, quum neque debitores in Italia essent, neque eorum prædia, an hæc exactio ad italicæ rei tutores pertineat? Respondi, si provincialis contractus esset, non pertinere : respicere tamen ad officium eorum, ne instrumentorum ignorantia contractus, eos ad quos administratio pertineret, lateret ». *l.* 47. §. 2. Scævola, *lib.* 2. respons.

XXIII. Contra, si de solvendo quod pupillus debet, agatur, potest hoc negotium pertinere ad administrationem provinciæ ubi

---

risdictione et officio magistratus, sed ipso jure una manet indivisa tutela. Igitur compensatio quæ ipso jure locum habet, non potest excludi per hanc divisionem tutelæ quæ non habet locum ipso jure.

(1) *Experiri* etiam dicitur reus qui compensationem opponit.

(2) *Causa juris*, id est persecutio fideicommissi, distinguitur ab administratione rerum fideicommisso contentarum. Igitur ad officium tutoris provincialium rerum pertinuit ut heredem, qui in provincia erat, cogeret adire, ne fideicommissum pupillo relictum interciderct.

qui émane de la jurisdiction, circonscrit bien l'administration de chacun des tuteurs; cependant elle n'a lieu qu'entre eux; elle ne peut pas être opposée à ceux qui agissent contre leurs pupilles (1) ».

XXII. Il y a des choses par rapport auxquelles on peut douter qu'elles appartiennent à l'administration d'une province plutôt qu'à celle d'une autre; telles sont les poursuites à faire pour ce qui est dû au pupille; mais il faut dire qu'elles appartiennent à l'administration de la province où le débiteur a son domicile, quand même la chose due se trouverait être dans une autre.

Papinien enseigne que cela a lieu, surtout dans le fidéicommis d'une hérédité. « Un héritier institué sans substitution, est décédé avant d'avoir accepté la succession qu'il était chargé de restituer à un impubère. La succession étant en Italie, et l'héritier institué étant décédé en province, j'ai pensé, dit-il, que les tuteurs des biens de province devaient être condamnés comme ayant malversé, si ayant connu le testament ils avaient négligé les intérêts de leur pupille, parce que le tuteur des biens de province pouvait poursuivre l'effet du fidéicommis (2), encore que l'administration des biens dût revenir à celui qui avait l'administration de ceux d'Italie.

Quoique le titre d'une créance ait été passé dans une province, les poursuites à faire en vertu de ce titre n'appartiennent donc pas pour cela à l'administration de cette province, lorsque le débiteur a son domicile dans une autre.

Ainsi l'enseigne Scævola. Les tuteurs donnés pour les biens d'Italie ont trouvé à Rome des obligations de débiteurs de province, payables à Rome et partout où on en demanderait le paiement. Ces débiteurs ni leurs biens n'étant en Italie, on m'a demandé si c'était au tuteur chargé des affaires d'Italie d'en poursuivre le recouvrement. J'ai répondu que le soin de cette poursuite n'entrait pas dans ses attributions, si les contrats avaient été passés en province, mais qu'il devait cependant pourvoir à ce que celui qui en était chargé n'ignorât pas l'existence de ces contrats ».

XXIII. Si au contraire il s'agit de payer ce que doit le pupille, cette affaire peut concerner l'administration de la province où se

---

nistration se divise par l'opération et la juridiction du magistrat; mais la tutelle demeure indivise de droit : d'où suit que la compensation qui a lieu de plein droit, ne peut pas être exclue par cette division de la tutelle qui n'est pas de droit.

(1) *Agir* se dit aussi du défendeur qui oppose une compensation.

(2) *Causa juris;* c'est-à-dire, la poursuite du fidéicommis diffère de l'administration des choses que contient le fidéicommis. Il appartenait donc au tuteur donné pour les biens de la province, de forcer l'héritier qui était dans cette province à accepter le succession, afin que son pupille ne perdît pas l'effet du fidéicommis fait en sa faveur.

existit res quæ solvenda est, quamvis creditori alterius provinciæ debeatur.

Ita idem Scævola : « Tutor rerum italicarum conventus a creditore provinciali, ubi rem pupillus habuit, solvit : quæsitum est an id tutelæ judicio reputari potest ? Respondi, nihil proponi cur non possit ». *d. l.* 47. §. 7.

Quid si de collocanda pecunia agatur ? Ad administrationem regionis in qua invenitur, non hujus ubi exacta est, hoc negotium pertinere respondit Papinianus in specie sequenti.

« Patruus, testamento fratris filio tutor datus, quum in Italia domicilium haberet, tam italicarum rerum, quam provincialium administrationem suscepit, atque ita pecuniam ex venditionis Romæ refectam, in provinciam trajecit, et in calendarium pupilli convertit : tutor in locum ejus Romæ substitutus administrationem pecuniæ, quæ non pertinet (1) ad tutelam suam, suscipere non cogitur ». *l.* 39. §. 8. Pap. *lib.* 5. resp.

Dubitatum de lite quæ in provincia cœpta est, et ad urbanos magistratus per provocationem devoluta, an adhuc ad tutores provincialium rerum pertineret ? Ait autem Papinianus, hoc saltem ad eos pertinere, ut curatores constitui curent qui hanc litem persequantur, si forte tutor rerum urbanarum absit.

Ita ille : « Rerum provincialium tutores in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum italicarum curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent. Alioquin, si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte recte judex conveniet». *d. l.* 39. §. 7.

Alter effectus divisionis tutelæ.

XXIX. Alterum effectum parit tutelæ divisio, qui quidem ex primo consequitur. Nimirum « ad eos qui in alia provincia tutelam administrant, periculum administrationis, ex persona tutorum qui in alia provincia res pupilli gerunt, non porrigitur ». *l.* 2. *cod.* 5. 38. *de pericul. tutor.* Alexander.

Simili ratione, quum plures tutores dati sunt : « Plane si pecunia numerata pupilli inter eos distributa est, non in majorem summam quisque eorum, quam accepit, tenetur ». *l.* 35. *v. plane.* Tryph. *lib.* 14. disp.

XXV. Divisa tutela, de administratione quidem quæ ad con-

(1) Quamvis enim Romæ exacta sit, quum nunc in provincia sit, ad urbanam administrationem non pertinet.

trouve la chose due, bien qu'elle soit due à un créancier d'une autre province.

Le même Scævola dit à cet égard : « Le tuteur donné pour les biens d'Italie, actionné par un créancier de la province où se trouvait la chose réclamée sur le pupille, a payé ce créancier. On m'a demandé si ce paiement devait lui être alloué dans son compte de tutelle. J'ai répondu qu'on ne proposait rien qui pût en empêcher ».

Que faut-il dire du cas où il s'agit de placer de l'argent ? Papinien a répondu que cette affaire concernait l'administration de la province où se trouvait l'argent, et non celle de la province où il avait été reçu : c'est ce qu'on voit dans l'espèce suivante.

« Un oncle paternel donné pour tuteur au fils de son frère par le testament de ce dernier, et ayant son domicile en Italie, avait été chargé de l'administration des biens, tant d'Italie que de province. Il avait en conséquence rapporté en province le produit d'une vente faite à Rome, et l'avait employé en recette dans le compte de son pupille. Le tuteur qui lui avait été substitué à Rome, ne peut alors être forcé d'administrer l'emploi de cette somme qui n'appartenait pas à sa gestion (1) ».

On a douté qu'un procès né en province, et porté par appel devant les magistrats de Rome, concernât encore le tuteur des biens de province ; mais Papinien a dit qu'il leur appartenait du moins encore de faire nommer des curateurs, à l'effet de poursuivre cette affaire, si le tuteur des biens de Rome se trouvait absent.

Voici ses termes : « Les tuteurs des biens de province, poursuivant à Rome sur une cause d'appel, doivent revendiquer le droit de faire établir des curateurs à leur pupille pour les affaires de Rome. S'ils s'en retournaient sans l'avoir fait dans leur province, le juge pourrait leur imputer à cet égard une faute ou de la mauvaise foi ».

Autre effet que produit la division de la tutelle.

XXIV. La division de la tutelle produit encore un autre effet qui est une suite du premier ; c'est que « les périls de l'administration des tuteurs donnés au pupille pour ses biens d'une province, ne s'étendent pas à ceux qui administrent la même tutelle dans une autre ».

Par la même raison, lorsqu'il a été donné plusieurs tuteurs, « si l'argent comptant du pupille leur a été partagé, chacun d'eux n'est tenu que de ce qu'il en a reçu ».

XXV. Lorsque la tutelle a été divisée, les tuteurs ne sont pas

(1) En effet, bien que la somme ait été reçue à Rome, dès qu'elle se trouve en province elle n'appartient plus à l'administration de Rome.

tutores spectat, tutor non tenetur : tamen saltem eos observare tenetur.

Unde « etiam contutoris factum imputatur collegæ, si potuit et debuit suspectum facere; interdum et si debuit *satis* petere ».

« Nam si idoneus subito lapsus est, nihil collegæ imputari potest ». *l.* 14. Paul. *lib.* 8. brevium.

« Quod autem dicitur, desiisse solvendo esse, vel non esse, contutores præstare debere, videamus qualem intellectum habeat id est, utrum sufficit nihil diminutum esse de facultatibus contutoris, ex quo tempore datus est, sed eamdem faciem patrimonii permansisse? An, etsi nihil post accidit, quod palam faciat diminutionem patrimonii, debet tamen contutor inquirere fortunas contutoris? Sed hoc et ex personæ qualitate, et ex temporis intercapedine, quo testamentum factum est, usque ad mortem patris, aliam æstimationem accipere debet. Nam aperte prodigo, vel cujus bona vænierunt, licet obreptum fuerit prætori qui decreto eum dedit, permittere contutori administrationem non debet : et potuit aliquid pater eorum post testamentum factum accidens ignorasse, aut, quum destinatum haberet mutare testamentum, id non fecisse ». *sup. d. l.* 55. §. 4.

Porro ita tenebitur tutor quod contutorem suspectum non fecerit, si hæc sciverit, aut scire facile potuit. V. G. « Facilius autem exulis (1) ignorantia, qui contutorem suspectum facere non potuerit, veniam habebit ». *l.* 29. §. 1. *ff.* 27. 1. *de excusationib.* Marc. *lib.* 2. inst.

ARTICULUS III.

De tutoribus et curatoribus ad tutelam administrandam vel curam compellendis, et de periculo eorum qui cessant.

XXVI Quilibet tutor aut curator, si vel ipsi administratio decreta est, vel si nemini decreta est, administrare tenetur.

Nisi faciat, « gerere atque administrare tutelam, extra ordinem tutor cogi solet ». *l.* 1. *lib.* 35. *ad ed.*

« Gessisse autem videtur tutor, qui quid omnino pupillare attigit, etiamsi modicum, cessantque partes eorum qui solent cessantes cogere administrare ». *l.* 5. §. 1. *ibid.*

« Quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit ». *d. l.* 5. §. 2.

XXVII. Tutor qui jussus gerere non paruit, non solum debet

(1) Improprie accipe, id est, relegati.

tenus de l'administration de leurs co-tuteurs, mais ils sont du moins tenus de les observer.

C'est pourquoi le fait d'un co-tuteur est également imputable à son collègue, s'il a pu et dû le dénoncer comme suspect, et quelquefois aussi s'il a dû lui demander caution ».

« Car l'événement subit et imprévu de l'insolvabilité de ce collègue ne pourra lui être imputé ».

« Mais par rapport à ce qu'on dit que des co-tuteurs sont obligés pour lui, soit qu'il soit solvable ou qu'il ne le soit pas; voyons comment cela doit s'entendre, c'est-à dire, s'il suffit que sa fortune n'ait pas diminué depuis qu'il a été donné pour tuteur, et qu'elle paraisse toujours la même; ou si ses co-tuteurs doivent lui en demander compte, encore qu'aucun accident n'ait paru la faire changer. Ce qui dépend en effet des qualités de la personne et du tems écoulé entre le testament et la mort du testateur; car il est évident que si c'était un prodigue ou un homme dont on a fait vendre les biens dans cet intervalle, quoique le préteur l'eût donné pour tuteur, comme ayant été trompé à cet égard, il n'aurait pas dû lui confier l'administration des biens, parce que le père aurait pu ignorer toutes ces circonstances depuis son testament, ou avoir eu l'intention de le changer, sans cependant avoir effectué ce projet ».

Et le tuteur ne sera tenu de n'avoir pas dénoncé son co-tuteur comme suspect, qu'autant qu'il aura su ou qu'il aura facilement pu savoir qu'il y avait lieu à cette dénonciation. Par exemple, « un tuteur qui aura été relégué (1) sera facilement excusé d'avoir ignoré que son co-tuteur s'était rendu suspect, n'ayant pas pu le dénoncer ».

ARTICLE III.

Des tuteurs ou curateurs qu'on doit forcer à administrer la tutelle ou la curatelle, et des risques qu'ils courent en n'administrant pas.

XXVI. Tout tuteur ou curateur est tenu d'administrer, soit que l'administration lui ait été décernée par décret, ou qu'elle ne l'ait été à personne.

S'il n'administre pas, « le tuteur peut être contraint extraordinairement à gérer et à administrer sa tutelle ».

« Mais un tuteur est censé avoir géré dès qu'il a fait la moindre affaire pour son pupille, et l'autorité de ceux qui devaient l'y forcer ne peut plus l'atteindre ».

« Si, après avoir commencé à administrer, il abandonne son administration, il y a encore lieu à le dénoncer comme suspect ».

XXVII. Le tuteur à qui il a été ordonné de gérer sa tutelle,

(1) *Exulis* est ici improprement employé pour *relegati*.

cogi ut gerat, sed etiam in præteritum tenetur indemnem eo nomine minorem præstare.

Et quidem « qui jussus est ab eo, qui jus jubendi habet, tutelam gerere: si cessasset, ex quo jussus est indemnem pupillum præstare debebit, non ex quo tutor esse cœpit (1) ». *l.* 17. Pomp. *lib.* 17. *ad Sab.*

Scilicet, si se tutorem datum ignoraverit. Cæterum, « ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a divo Marco constitutum est: ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora præstituta, suo periculo cesset ». *l.* 1. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Igitur « ex quo innotuit tutori se tutorem esse, scire debet periculum tutelæ ad eum pertinere ».

« Innotescere autem qualiter sufficit; non utique testato eum conveniri. Nam, etsi citra testationem, scilicet undecumque cognovit, nulla dubitatio est quin debeat periculum ad ipsum respicere ». *l.* 5. §. 10. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

XXVIII. « Hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debebit ». *l.* 6. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Quod si ad domum tutoris testatio facta fuisset, aut ex communi fama aliisve circumstantiis scientia ejus præsumeretur, his casibus rejiceretur in tutorem onus probandi ignorasse se tutorem datum. Sic accipe quod rescribunt Diocletianus et Maximianus: « Si tutor petitus, vel testamento datus, tutorem te constitutum esse, non ex remissioris negligentiæ vitio, sed justæ ignorationis ratione non didicisti, idque liquidis probationibus ostenderis, periculo ejus temporis, quod ignorante te transmissum est, non teneberis ». *l.* 5. *cod.* 5. 38. *de peric. tutor.*

XXIX. Ita demum autem tutor suo periculo cessat, si nullus administravit, vel si is qui administravit, solvendo non est. Sic enim rescribit Alexander. « Etsi scisses te curatorem datum, nec administrasses, cæteris curatoribus et administrationem peragentibus, et sufficientibus damno præstando, contra te actio dari non potest. Sin autem nescisses te curatorem datum, etiamsi solvendo cæteri non sint, damni periculum ad te non redundat ». *l.* 8. *cod.* 5. 37. *h. tit.*

XXX. Quæ hactenus diximus, obtinent etiam circa eos tu-

(1) Nam antequam jussus sit, potest allegare se ignorasse delatam sibi tutelam.

non-seulement peut y être contraint, mais encore doit rendre son pupille indemne pour tout le tems qui s'est écoulé.

A la vérité, « si l'individu à qui il a été ordonné de gérer par celui qui en avait le droit, a cessé de gérer, il devra rendre son pupille indemne du jour de l'ordonnance, mais non du jour qu'il a été donné pour tuteur (1) ».

C'est-à-dire, s'il a ignoré qu'il avait été donné pour tuteur; car « si ayant su qu'il avait été donné pour tuteur, il avait commencé à gérer et ensuite cessé, ses périls courent du jour qu'il en a eu connaissance. En effet, une constitution de Marc-Aurèle porte que celui qui a su qu'il était donné pour tuteur, et n'en a point allégué de dispense dans le tems prescrit, cesse de gérer à ses périls et risques ».

C'est pourquoi, dès qu'il a été notifié à un individu qu'il était donné pour tuteur, il doit savoir que dès-lors il court tous les risques de la tutelle ».

« Mais de quelle manière faut-il qu'on le lui ait notifié? Il ne faut certainement pas que l'on lui ait dénoncé devant témoins; car de quelque manière qu'on le lui ait fait connaître, soit devant témoins ou sans témoins, il est certain qu'il est passible des risques de la tutelle ».

XXVIII. « Mais c'est au pupille à prouver que son tuteur en était instruit ».

Si cependant on avait déclaré devant sa maison, en présence de témoins, qu'il avait été donné pour tuteur; si la commune renommée devait le lui avoir appris, ou enfin, si d'autres circonstances faisaient présumer qu'il le savait, ce serait particulièrement à lui de prouver qu'il ne le savait pas. C'est ainsi qu'il faut entendre ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit: « Si ayant été donné pour tuteur par le magistrat ou par testament, vous l'avez ignoré, non par un excès de négligence, mais d'une manière excusable, et que vous puissiez en donner des preuves admissibles, vous ne serez pas tenu de ce qui se sera passé pendant que vous ignoriez ».

XXIX. Mais un tuteur ne cesse d'administrer à ses risques et périls, qu'autant qu'un autre n'administre pas à sa place, ou que celui qui administre est insolvable; car Alexandre dit dans un rescrit : « Encore que vous ayiez su avoir été donné pour curateur, et que vous n'ayiez pas géré, si les autres curateurs l'ont fait et sont solvables pour leur gestion, on ne peut pas intenter d'action contre vous; et quand vous l'auriez ignoré, vous n'auriez encore couru aucuns risques par leur insolvabilité ».

XXX. Ce que nous avons dit jusqu'ici a encore lieu par rap-

(1) Car avant qu'il lui ait été ordonné de gérer, il peut alléguer avoir ignoré qu'on l'eût donné pour tuteur.

tores qui in ea causa sunt ut excusentur. Quandiu enim excusationes suas non proposuerint, in administratione suo periculo cessant.

Hinc rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Tutor licet absens, decreto datus, si sciens solenniter se non excusaverit, administrationi constituitur obnoxius «. *l.* 19. *cod.* 5. 37. *tit.*

Sed etsi se excusaverit, ita demum impune cessabit, si justa fuerit excusatio. Unde « tutor vel curator cujus injusta appellatio pronuntiata erit, cujusve excusatio recepta non sit, ex quo accedere ad administrationem debuit, erit obligatus ». *l.* 20. Ulp. *lib.* 5. *de offic. proconsulis.*

XXXI. Qui autem inutiliter datus est, secure cessat, donec confirmetur.

Hinc Scævola : « Testamento dati tutores, quod ruptum videbatur, cessaverunt in administratione tutelæ, et a præside tutor datus est pupillo. Jussi autem sunt etiam qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare, conjuncto eo qui a præside datus cœperat administrare. Quæsitum est, ex testamento datos periculum antecedentis temporis administrationis, utrum ex apertis tabulis an ex quo jussi sunt, pertineat ad eos? Respondit, ad eos de quibus quæreretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere ». *l.* 58. §. 2. Scævol. *lib.* 11. *dig.*

Hinc etiam Papinianus : « Impuberi filio centurio curatorem (1) dedit. Decreto prætoris non secuto, si nihil curator datus administret, periculo contumaciæ vel negligentiæ non adstringetur. Nam *privilegium militum ad alienam injuriam porrigi non oportet* (2) : nec in aliis circa supremam voluntatem, imperitiæ venia datur, quam in bonis militum (3) ».

« Filiæ (4) vero tutela jure patriæ potestatis, non militiæ præmio mandatur ». *l.* 40. Papin. *lib.* 6. *resp.*

Quod si tutor aut curator inutiliter datus gerere cœpit, tenebitur pergere donec alio tutore aut curatore minorem provideri faciat.

---

(1) Adeoque inutiliter, quum tutor, non etiam curator, possit testamento dari.

(2) Nec proinde eo porrigi ut obliget ad administrandam curam, eum quem jure non potuerit curatorem dare.

(3) Id est, hoc tantum continet privilegium militum, ut solennitates eis remittantur, quum de bonis suis testamento disponunt.

(4) Probabile est aliquid deesse in textu : non enim hæc videntur cohærere superioribus.

port aux tuteurs qui auront pu se dispenser de la tutelle; car tant qu'ils n'ont pas fait valoir leurs dispenses, c'est à leurs périls et risques qu'ils s'abstiennent d'administrer.

C'est pourquoi Dioclétien et Maximien disent dans un rescrit : « Celui qui, bien que absent, a été donné pour tuteur par un décret, est passible des risques de l'administration, tant qu'il n'a pas fait sollennellement valoir les motifs de l'en dispenser, s'il a su qu'il l'avait été ».

Et quant il les aurait proposés, il n'aurait pas cessé impunément d'administrer, si ces mêmes motifs de dispense n'étaient pas jugés suffisans. C'est pourquoi le tuteur ou curateur dont la dispense n'a pas été admise, ou dont les motifs d'appel ont été rejetés, demeurera passible des risques de l'administration, à compter du jour qu'il aura dû administrer.

XXXI. Mais celui qui a été régulièrement donné pour tuteur, peut sans danger s'abstenir d'administrer jusqu'à ce qu'il soit confirmé.

C'est pourquoi Scævola dit : « Des tuteurs donnés par un testament qui paraissait nul, avaient cessé d'administrer la tutelle, et le président avait donné un autre tuteur au pupille; mais on leur avait ordonné d'administrer conjointement avec le tuteur donné par le président, qui avait commencé à administrer. On demandait si les périls de l'administration regardaient ces tuteurs donnés par le testament, du jour de la mort, du jour de l'ouverture du testament, ou du jour de l'ordonnance d'administrer. J'ai répondu qu'ils n'en étaient passibles que du jour de l'ordonnance ».

C'est aussi pourquoi Papinien dit: « Si un centurion a donné par testament un curateur à son fils (1), aucun décret du préteur n'étant intervenu à cet égard, si ce curateur n'administre point, on ne pourra lui imputer ni contumace ni négligence, parce que les priviléges des militaires ne s'étendent pas jusqu'à faire tort à autrui (2), et qu'on n'excuse leur impéritie par rapport à leurs dernières volontés, que pour la disposition de leurs biens (3) ».

« Mais la tutelle d'une fille (4) se donne par le droit de la puissance paternelle, et non en vertu du privilége militaire ».

Si un tuteur ou curateur irrégulièrement donné, a commencé de gérer, il sera tenu de continuer jusqu'à ce que le mineur ait été pourvu d'un autre tuteur ou curateur.

---

(1) Irrégulièrement, puisqu'on donne un tuteur, mais non un curateur par testament.

(2) Ni par conséquent à obliger celui qu'ils ne peuvent pas donner pour curateur, à administrer la curatelle.

(3) C'est-à-dire, que les priviléges des militaires ne les dispensent des formalités légales que pour disposer de leurs biens par testament.

(4) Il existe probablement une lacune dans ce texte; car ce qui en reste ne s'accorde pas avec ce qui précède.

Ita idem Papinianus. « Qui se negotiis impuberis non jure tutor datus secundum patris voluntatem immiscuit, errore comperto, tutorem a prætore constitui consultius petet : ne forte, si rem cœptam deseruerit, fraudis vel culpæ causa condemnetur. Non idem servatur si quis ultro negotium alienum gesserit ; quum satis, abundeque sufficiat vel in una specie per amici laborem domino consuli ». *l.* 39. §. 2. Papin. *lib.* 5. *resp.*

Certe autem qui se immiscuit, desinet deinceps teneri quum alius datus erit.

Hinc idem Papinianus : « Curator a patre testamento datus (1), impuberis negotiis se per errorem immiscuit : postea a prætore tutoribus aliis datis, periculum futuri temporis ille, qui postea nihil gessit, non præstabit ». *d. l.* 39. §. 1.

ARTICULUS IV.

Quæ complectatur tutelæ administratio, et quæ fines hujus excedant?

§. I. *Quæ pertineant ad tutelæ administrationem.*

1°. Distractio rerum pupillarium. *Quænam distrahi debeant?*

XXXII. Jure Pandectarum, ei qui tutelam administrabat, hoc primum incumbebat onus, ut omnes res pupilli mobiles, nec non prædia urbana distraheret, ut ex infra dicendis liquebit.

« *Urbana prædia*, omnia ædificia accipimus, non solum ea quæ sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria (2) in villis et in vicis, vel si prætoria (3) voluptati tantum deservientia ; quia urbanum prædium non locus facit, sed materia (4). Proinde hortos quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri ».

---

(1) Adeoque inutiliter, ut supra not. (1).

(2) *Meritoria* sunt diversoria vel fullonica, vel quæ alia, quæ mercede locantur ; a *merendo* dicta.

(3) *Des maisons de plaisance.*

(4) *Materia* hic pro qualitate accipitur. Non ex loco igitur, sed ex qualitate dijudicatur, an urbana, an rustica sint prædia : ut quæ ad fructum et reditum recipiendum destinata sunt, sint rustica ; quæ ad usum aut delicias patrisfamilias, sint urbana.

Le même Papinien dit à cet égard : « Celui qui ayant été donné illégalement pour tuteur, s'est immiscé dans les affaires du pupille d'après la volonté de son père, fera fort bien, après avoir découvert l'erreur, de demander au préteur un tuteur pour le pupille, afin qu'on ne lui impute pas à faute ou à fraude d'avoir abandonné son administration. Il n'en est pas de même de l'individu qui a fait spontanément les affaires d'autrui, puisqu'il lui suffit d'avoir, sous quelque rapport, fait l'office d'ami à cet égard ».

Mais celui qui s'est immiscé dans les affaires d'un pupille, n'est pas tenu de continuer quand on a donné un autre tuteur ou curateur à ce pupille.

C'est pourquoi le même Papinien dit encore : « Si un individu a été donné pour curateur par le testament du père (1), et s'est immiscé par erreur dans les affaires du fils impubère, le préteur ayant ensuite donné d'autres tuteurs à ce dernier, il ne pourra pas être passible des suites et périls de leur administration subséquente ».

ARTICLE IV.

De ce qui entre dans l'administration de la tutelle, et de ce qui en excède les bornes.

§. I. *Ce qui entre dans l'administration de la tutelle.*

1°. La vente des biens pupillaires. *Quels biens pupillaires doivent être vendus.*

XXXII. Par le droit des Pandectes, la vente de tous les meubles du pupille et de ses maisons de ville, était pour celui qui administrait la tutelle, une charge principale de sa gestion, comme on verra ci-après.

« Par *maisons de ville*, nous entendons ici, non-seulement tous les édifices qui sont dans des villes, mais encore les écuries et autres usines qui sont dans des métairies ou dans des villages (2), et même les maisons de plaisance (3), parce qu'une maison est réputée maison de ville, non parce qu'elle est dans la ville, mais par l'usage auquel elle est destinée (4); d'où suit que s'il y a un édifice auquel se trouvent joints des jardins, il faudra dire qu'il est compris dans les maisons de ville ».

(1) Inutilement par conséquent, comme on l'a vu dans le numéro précédent, aux notes.

(2) On appelait *meritoria* une auberge, une foulerie et autres usines de ce genre, qu'on avait coutume de louer.

(3) Des maisons de plaisance.

(4) *Materia* est pris ici pour *qualitas*. Ce n'est donc pas par le lieu où une maison est bâtie, mais par sa qualité ou destination, qu'on juge que c'est une maison de ville ou de campagne ; de manière que si elle est destinée à produire des revenus, c'est une maison de campagne, et que si elle ne sert qu'aux plaisirs et à l'usage du père de famille, c'est une maison de ville.

« Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana ». *l.* 198. *ff.* 50. 16. *de verb. signif.* Ulp. *lib* 2. *de omnibus tribun.*

Quasdam tamen res retinere poterat tutor quæ pupilli usibus necessariæ forent, puta aliquot servos ad ejus ministerium. Et quidem « tutor secundum dignitatem, facultatesque pupilli, modum servorum æstimare debet, qui circà eum futuri sunt ». *l.* 13. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. prov.*

XXXIII. Observandum huic legi distractionem rerum pupillarium imperanti testatorem derogare non potuisse.

« Usque adeo autem licet tutoribus patris præceptum negligere, ut si pater caverit, ne quid rei suæ distraheretur, vel ne mancipia distrahantur, vel ne vestis, vel ne domus, vel ne aliæ res periculo subjectæ, liceat eis contemnere hanc patris voluntatem ». *l.* 5. §. 9. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Ita jure Pandectarum.

Constantinus autem vetuit distrahi res pupillorum, præter eas quæ usu pereunt et animalia supervacua : de qua re specialiter agemus lib. seq. tit. 9. *de reb. eorum, etc.*

Quænam sit tutoris non distrahentis pœna?

XXXIV. « Si tutor cessaverit in distractione earum rerum quæ tempore depereunt, suum periculum facit. Debuit enim confestim officio suo fungi ».

« Quid si contutores expectabat, vel differentes, vel etiam volentes se excusare, an ei ignoscatur? Et non facile ignoscetur; debuit enim partibus suis fungi, non quidem præcipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Similiter rescribit Philippus : « Si res pupillares, quas in horreo conditas habere aut etiam venumdare debuisti, in hospitio tuo (ut adseveras), vi ignis absumptæ sunt, culpam seu segnitiem tuam, non ad tuum damnum, sed ad pupilli tui spectare dispendium, minus probabili ratione deposcis ». *l.* 3. *cod.* 5. 38. *de peric. tutor.*

2°. *Depositio pecuniæ pupillaris.*

XXXV. Tutoribus etiam incumbit ut pecuniam pupillarem, tam eam quæ extabat, quam eam quam exigere debuerunt, deponant in tuto loco (V. G. in æde aliqua) ad nomina facienda, aut prædia comparanda. Hoc jus confirmaverunt Arcadius et Honorius. *l.* 24. *cod.* 5. 37. *h. tit.*

« Ita autem depositioni pecuniarum locus est, si ea summa corradi, id est colligi possit, ut comparari ager possit : si enim tam

« Mais si ces jardins sont d'un grand revenu en vignes et en oliviers, l'édifice ne sera plus réputé une maison de ville ».

Le tuteur pouvait cependant réserver certaines choses comme nécessaires au pupille, par exemple quelques esclaves pour son service; et même « le tuteur doit déterminer le nombre des esclaves à laisser près de la personne de son pupille, d'après la dignité et les facultés de ce dernier ».

XXXIII. Il faut observer que le testateur ne pouvait pas dispenser de cette loi qui ordonnait la vente des biens pupillaires.

« Ce qui est en effet si vrai, que les tuteurs pouvaient ne pas suivre la volonté du père, s'il avait voulu qu'on ne vendît aucun de ses meubles, ni ses esclaves, ni sa garde robe, ni sa maison, ni telle autre chose sujette à dépérir ».

Il en était ainsi d'après le droit des Pandectes.

Mais Constantin défendit de vendre d'autres biens des pupilles, que ceux qui étaient susceptibles de dépérir par l'usage, et les animaux superflus. Nous traiterons spécialement cette matière dans le livre suivant, sous le titre *de rebus eorum, etc.*

Quelle était la peine infligée au tuteur qui ne vendait pas les biens pupillaires.

XXXIV. « Le tuteur qui diffère la vente des choses susceptibles de dépérir par le tems, la diffère à ses risques et périls, parce qu'il devait remplir incessamment ce devoir ».

« On demande ce qu'il faut dire du cas où il aurait attendu ses co-tuteurs qui voulaient différer la vente ou se dispenser de la tutelle. Il faut dire qu'on lui pardonnerait difficilement, parce qu'il devait remplir ce devoir, non avec précipitation, mais sans y mettre de lenteur ».

Philippe dit également dans un rescrit : « Si les choses pupillaires que vous deviez garder dans un grenier, ou que vous deviez vendre, ont péri, comme vous le dites, dans votre magasin, par suite d'un incendie, vous n'avez pas de motifs d'espérer qu'on fasse supporter à votre pupille une perte qui ne doit être imputée qu'à une faute de votre part, ou du moins à votre négligence ».

2°. *Le dépôt des deniers pupillaires.*

XXXV. Le dépôt à faire des deniers pupillaires était pareillement une charge obligatoire pour les tuteurs, tant de ceux que le défunt avait laissés, que de ceux qui avaient dû être reçus depuis sa mort (par exemple dans un temple), pour les placer en créances ou en immeubles. Ce droit fut confirmé par Arcade et Honorius.

« Mais il n'y avait lieu à ce dépôt que quand il y avait une somme assez considérable pour en acheter un champ; car lorsqu'il était

exiguam esse tutelam facile probatur, ut ex nummo refecto prædium puero comparari non possit, depositio cessat.

« Quæ ergo tutelæ quantitas depositionem inducat, videamus? Et quum causa depositionis exprimatur, ut prædia pupillis comparentur, manifestum est ut ad minimas summas non videatur pertinere. Quibus modus præfiniri generaliter non potest, quum facilius; causa cognita, per singulos possit examinari. Nec tamen auferenda facultas est, etiam minores summas interdum deponi postulare, si suspecti tutores esse videantur ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

Quatenus autem teneantur, si moram in ea deponenda, aut (quum deposuissent) in ea collocanda fecerint, vid. tit. 3. *de tut. et rat. distr.* lib. seq.

Hæc ita jure Pandectarum.

Novella autem LXXII (cap. 6 et 7), permittitur tutori in tuto recondere pupillarem pecuniam, nec eam fœnori dare; nisi quatenus necesse esset ut ex ejus usuris pupillus aleretur, quum ad hoc reditus quos aliunde habet non sufficerent. Quod si tutor qui pecuniam in tuto reponere potuit, eam ultro det fœnori, res erit tutoris periculo.

3°. *Exactio a debitoribus pupilli.*

XXXVI. Pertinet etiam ad officium tutoris ut a debitoribus pupilli exigat: et quidem ad hanc pecuniam exigendam collocandamque, his tutoribus qui tutelam ingrediuntur, tempus sex mensium datur: sic accipe quod ait Paulus: « Si tutor constitutus, quos invenerit debitores non convenerit, ac per hoc minus idonei efficiantur, vel intra sex proximos menses, pupillares pecunias non collocaverit, ipse in debitam pecuniam et in usuras ejus pecuniæ quam non fœneravit, convenitur ». *l.* 15. Paul. *lib.* 2. *sent.*

Deinceps autem duo menses a die quo pecunia recepta est (1), ad eam rursus fœnori collocandam dantur tutoribus.

Sic accipe quod ait Ulpianus: « Usuræ a tutoribus non statim exiguntur, sed interjecto tempore ad exigendum et ad collocan-

(1) Singulis autem annis vulgo recipi solebat, ex consueto apud Romanos more ut pecunia in annum fœnori daretur: aut saltem non in tempus multo longius, maxime si sub gravioribus usuris collocaretur. Quum enim sisterentur usuræ, si quando debitore non solvente cœpissent æquare sortem (ut vidimus supra, *lib.* 22. *tit.* 1. *de usuris n.* 42.), valde intererat eas non in longius tempus excurrere.

prouvé que la tutelle était trop exigue pour que le tuteur pût amasser une somme suffisante pour en acquérir un champ, l'obligation du dépôt cessait ».

« Voyons donc pour quelles sommes le dépôt a lieu. Mais comme le cas des dépôts est indiqué par celui où il se trouve une somme suffisante pour acheter un immeuble, il est évident qu'il n'a pas lieu pour de très-petites sommes. Il est difficile d'établir une règle générale pour fixer la quotité des sommes qui y donnent lieu, et plus facile de faire décider le cas en connaissance de cause; toutefois il ne faut pas interdire la faculté de demander le dépôt même des plus petites sommes dans certaines circonstances, telles que celle où le tuteur paraîtrait suspect ».

Mais à quel point les tuteurs sont-ils tenus, s'ils ont été en demeure de déposer ou de placer après avoir déposé? C'est ce que l'on verra dans le titre suivant.

Tels sont les principes observés sous le droit des Pandectes.

Mais par la Novelle LXXII, il fut permis aux tuteurs de conserver les deniers pupillaires dans un lieu de sûreté, au lieu de les prêter à intérêt, si ce n'était dans le cas où ces intérêts étaient nécessaires pour aider à l'existence du pupille, parce que ses autres revenus étaient insuffisans. Mais si le tuteur qui pouvait conserver les deniers du pupille en sûreté, les a prêtés à intérêt de son propre mouvement, lui seul doit en courir les risques et périls.

3°. *De la poursuite de ce qui est dû au pupille.*

XXXVI. Il entre également dans les devoirs du tuteur de faire payer les débiteurs du pupille; on accorde même à ceux qui entrent en tutelle un terme de six mois, pour faire rentrer et placer les sommes dues à la succession. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Paul, « que si l'individu qui a été constitué tuteur n'actionne pas ceux qu'il a trouvés débiteurs de la tutelle, et que leur solvabilité ait diminué, ou qu'il n'ait pas placé dans six mois les sommes qu'il a dû recevoir, il pourra être actionné lui-même pour les sommes qu'il n'aura pas placées à intérêt, et pour les intérêts qu'elles auraient produits ».

Mais on accordait encore aux tuteurs deux mois pour placer les sommes qu'ils avaient reçues pour leurs pupilles, à compter du jour qu'ils les avaient reçues (1).

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Ulpien, que « les intérêts des sommes dues au pupille ne courent pas contre le tu-

(1) On avait coutume de faire rendre l'argent prêté tous les ans, suivant l'usage des Romains de ne prêter à intérêt que pour un an, ou du moins de ne pas prêter pour un tems beaucoup plus long, surtout quand ils prêtaient à gros intérêts, parce que ces intérêts cessaient lorsque le débiteur ayant été long-tems sans les payer, ils égalaient le capital, comme on l'a vu *liv.* 22 au titre qui traite *des intérêts*, *n.* 42. Il leur importait donc beaucoup de ne pas les laisser courir long-tems.

dum, duum mensium : idque in judicio tutelæ servari solet. Quod spatium seu laxamentum temporis tribui non oportet, his qui nummos impuberum vel adolescentium in suos usus converterunt ». *l.* 7. §. 11. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

4°. *Solutio creditoribus pupilli facienda.*

XXXVII. Ad administrationem etiam tutorum aut curatorum pertinet, ut creditoribus pupilli solvant : aut etiam sibi, si ipsi sint creditores.

Hinc Ulpianus : « Sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat : et, si usuræ fuerint graviores quæ ei debebantur, relevabitur eis pupillus; quia tutor se potuit liberare (1) sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit ». *l.* 9. §. 5. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

5°. *Pupilli nomine agere, defendere, provocare.*

XXXVIII. Pertinet quoque ad tutoris administrationem ut actiones, quæ pupillo competunt, moveat. Quocirca necesse est « non denegari neque tutoribus, neque curatoribus, etiam debitores pupillorum vel adultorum ex persona sua prospectu (2) officii in judicium vocare ; vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum ». *l.* 1. §. 4. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Et quidem « tutores debita pupillaria seu deposita reposcentes, ad satisdationem compelli non posse manifestum est ». *l.* 13. *eod. h. tit.* Gordianus.

Rationem tradit Ulpianus : « Vulgo observatur ne tutor caveat *ratam* rem pupillum habiturum, quia rem in judicium deducit (3) ».

« Quid tamen si dubitetur an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus illi commissus sit? Æquum est adversarium non decipi. Idem et in curatore est : ut Julianus scripsit ». *l.* 23. Ulp. *lib.* 9. *ad ed.*

XXXIX. Item « tutoris præcipuum est officium, ne indefensum pupillum (4) relinquat ». *l.* 30. Marcel. *lib.* 21. *dig.*

---

(1) Sibi solvere, liberare pupillum a se.

(2) Id est, hac in re officio suo prospicientes.

(3) Id est, consummat jus actionis quod pupillus habet: ita ut quod agente tutore judicatum erit, non possit pupillus retractare, nisi ex causa in integrum restituatur. Et in eo differt tutor a necessariis personis quæ sine mandato agunt alicujus nomine.

(4) Scilicet ad ejus officium pertinet ut defendat pupillum, si quæ actiones adversus eum movendæ sint.

teur du jour qu'elles étaient exigibles; on lui donne deux mois pour les faire payer et placer. C'est ce qui s'observe dans les comptes de tutelle; mais cette faveur n'a point lieu pour le tuteur et le curateur qui ont employé les deniers de leurs pupilles ou de leurs mineurs dans leurs propres affaires ».

4°. Le paiement à faire aux créanciers du pupille.

XXXVII. Il entre encore dans l'administration des tuteurs ou curateurs, de payer ce qui est dû aux créanciers des pupilles ou des mineurs, ou à eux-mêmes s'ils en sont créanciers.

C'est pourquoi Ulpien dit : « Comme le tuteur peut payer ce qu'il doit, de même il peut exiger ce qui lui était dû s'il était créancier du père de son pupille; car il peut aussi se payer lui-même, s'il a suffisamment des deniers pupillaires dans les mains. Dans le cas où les intérêts qui lui étaient dus seraient exorbitans, le pupille en sera déchargé, parce qu'il pouvait se payer à lui-même (1), comme il a pu et dû payer ce qui était dû aux autres créanciers ».

5°. L'obligation d'agir, de défendre et d'interjeter appel au nom de son pupille.

XXXVIII. Il entre de plus dans les devoirs du tuteur d'intenter les actions qui appartiennent à son pupille, et pour cela il est nécessaire « de ne pas refuser au tuteur ou curateur la faculté de citer en justice, comme ils le doivent, les débiteurs de leurs pupilles ou de leurs mineurs, pour l'acquit de leurs obligations (2), ou de les approuver lorsqu'ils le font ».

Et même « il est certain qu'on ne peut pas les forcer à donner caution lorsqu'ils poursuivent des créances ou la restitution des dépôts pupillaires ».

Ulpien en donne pour raison que « l'usage ordinaire est de ne pas demander à un tuteur de se faire ratifier par son pupille, parce qu'il le représente en jugement (3) ».

» Mais que faut-il dire si l'on doute qu'il soit tuteur, qu'il n'ait pas cessé de l'être, ou qu'il ait l'administration des affaires? Il est juste que l'adversaire ne soit pas trompé. Il en est de même d'un curateur, comme l'a dit Julien ».

XXXIX. Et « le principal devoir d'un tuteur est de ne pas laisser son pupille indéfendu (4) ».

---

(1) Se payer lui-même, et libérer son pupille envers lui.

(2) C'est-à-dire, remplissant en cela leurs devoirs.

(3) C'est-à-dire, il éteint l'action qu'avait le pupille, de manière que celui-ci ne peut pas attaquer le jugement rendu contre son tuteur, à moins qu'il n'y ait des causes de restitution en entier; en quoi le tuteur diffère de tout autre qui agirait pour un tiers sans son mandat.

(4) C'est-à-dire, qu'il est de son devoir de défendre son pupille lorsqu'on intente des actions contre lui.

Sed « sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi judicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus : nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licentia igitur erit utrum malint ipsi suscipere judicium, an pupillum exhibere ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur : ita tamen ut pro his qui fari non possunt, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant ; pro his autem qui supra septimum annum ætatis sunt et præsto fuerint, auctoritatem præstent ». *l.* 1. §. 2. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

« In causis autem adultorum licentia erit agentibus, vel ipsum adultum præsentem in judicium vocare, ut consensu curatoris conveniatur; vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat. In absentibus autem adultis, omnimodo contra curatorem agendum ». *d. l.* 1. §. 3.

Pœna tutorum aut curatorum qui hoc officio defendendi pupillos suos fungi cessant, hæc est, ut removeantur ab officio cum infamia, et damnum resarciant. *l.* 28. *cod.* 7. 35. *de admin. tutor.*

Nec utique necesse habet, si conveniatur, per judicem solvere (1); idcircoque si mala causa pupillaris est, denuntiare sibi verum debet (2). Denique imperator Antoninus cum patre, etiam honoraria (3) eos imputare pupillo prohibuit, si supervacaneam litem instituissent, quum convenirentur a vero creditore. *Nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscere* ». *l.* 9. §. 6. Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

XL. Pertinet etiam ad tutoris officium provocare.

Ita enim Gordianus : « Si bonam causam ea, cujus tutor es, habuit, et adversus latam sententiam non appellasti, seu post appellationem provocationis solennia implere cessaveris, tutelæ judicio indemnitatem pupillæ præstare debes ». *l.* 11. *cod.* 7. 35. *de admin. tut.*

6°. *Pupillo auctoritatem, alimenta præstare.*

Denique ad administrationem tutelæ pertinet, ut, quoscumque contractus quos iniri utilitas pupilli exiget, tutor ineat, et ei contrahenti auctoritatem accommodet; item, ut pupillo, alimenta exhibeat. De quibus rebus specialiter infra titulis sequentibus agitur.

§. II. *Quid fines administrationis tutelæ excedat?*

XLI. Fines administrationis tutelæ excedit, si tutor quovis ti-

(1) Id est, etsi tutor defendere pupillum teneatur, non tamen semper necesse habet, si conveniatur, expectare jussum judicis ad solvendum.

(2) Id est, debet judici confiteri quod res est.

(3) *Les frais du procès.*

Mais « pour cela il suffit qu'un tuteur ait accepté lui-même le jugement, ou son pupille, sous son autorisation; et il n'est pas obligé de fournir caution comme les autres défenseurs. Il lui sera donc libre d'accepter le jugement lui-même, ou de présenter son pupille pour l'accepter sous son autorisation. Il sera cependant obligé de l'accepter lui-même, si son pupille, encore trop proche de l'enfance, ne peut pas encore parler ou est absent; mais il ne sera tenu que d'autoriser celui qui est présent et qui a plus de sept ans ».

« Dans les actions à intenter contre les adultes, il sera libre au demandeur d'appeler en jugement l'adulte lui-même s'il est présent, pour agir contre lui sous l'autorisation de son curateur, ou de citer son curateur et de lui faire accepter le jugement; mais il faudra toujours agir contre le curateur d'un adulte absent ».

La peine des tuteurs ou curateurs qui ont manqué à remplir l'obligation de défendre leur pupille, « est d'être destitués avec infamie, et de réparer le dommage qu'ils ont causé ».

« Un tuteur n'a pas besoin pour payer (1) d'attendre à y être condamné par le juge. Si la cause de son pupille est mauvaise, il doit en faire lui-même l'aveu (2). Enfin, l'empereur Antonin et son père ont défendu de lui passer en compte les frais d'un procès (3), mal-à-propos soutenu contre un créancier légitime, par la raison qu'il n'est pas interdit aux tuteurs de reconnaître de bonne foi les dettes de leurs pupilles ».

XL. Un tuteur peut aussi interjeter appel pour son pupille.

Car Gordien dit : « Si la pupille dont vous êtes le tuteur avait une bonne cause, et que vous n'ayiez pas appelé de la sentence rendue contre elle, ou qu'en ayant appelé, vous n'ayiez pas fait ce qu'il fallait pour la faire réformer, elle aura l'action de la tutelle contre vous, pour s'en faire indemniser ».

6°. *L'obligation d'autoriser son pupille et de lui fournir des alimens.*

Enfin, l'administration de la tutelle comprend de la part du tuteur, l'obligation de l'assister et de l'autoriser dans tous les contrats qui lui seront avantageux, ainsi que de lui fournir des alimens. Nous allons traiter de cette double obligation dans les titres suivans.

§. II. *De ce qui excède les bornes de l'administration de la tutelle.*

XLI. Un tuteur excède les bornes de son administration lors-

(1) C'est-à-dire, que bien qu'un tuteur doive défendre son pupille, il n'est pas toujours obligé de ne payer pour lui qu'après y avoir été condamné.

(2) C'est-à-dire, qu'il doit avouer au juge que son pupille doit.

(3) Les frais du procès.

tulo disponat de his prædiis pupillaribus quæ absque decreto alienari prohibentur. De qua re infra *lib.* 33. *seq. tit.* 9. de rebus eorum.

Item donatio quarumvis rerum pupilli, fines administrationis tutelæ excedit.

Enimvero, « tutor ad utilitatem pupilli, et novare, et rem in judicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ, pupillo non nocent ». *l.* 22. Paul. *lib.* 3. *ad ed.*

Et alibi : « Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli pecuniam exigere, ut ipso jure liberentur; non etiam donare, vel etiam deminuendi causa cum iis transigere : et ideo eum qui minus tutori solvit, a pupillo in reliquum conveniri posse ». *l.* 46. §. 7. Paul. *lib.* 9. resp.

Consonat quod rescribunt Diocletianus et Maximianus : « Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent ; sed administrationis tantum causa distrahentes quæ eis venumdare licet, justam causam possidendi comparantibus præstant. Quum itaque donandi nulla ratione res eorum quorum administrant negotia, potestatem habeant, vindicare dominium a possidentibus non prohiberis ». *l.* 16. *cod.* 5. 37. *de admin. tutor.*

XLII. Quod diximus, tutori non permitti donare aliquid ex bonis pupilli, limitationem aliquam patitur.

1°. Enim « quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur : imprimis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, se pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet : alimenta servis libertisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solennia munera (1) parentibus cognatisque mittet ». *l.* 12. §. 3. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

3°. Permittitur etiam tutori donare alimenta personis conjunctis pupillo si egeant, ut docet Julianus in specie sequenti : « Qui filium heredem instituerat, filiæ dotis nomine *quum* in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quicquam præterea, et tutorem eis

(1) Xeniola et strenas (*des étrennes*) quæ solennibus diebus mittuntur; puta, die nativitatis, saturnalibus, kalendis martiis : de quibus supra, *l.* 24. *tit.* 1. *de donat. inter. vir. et ux.* Mittebantur etiam kalendis januariis munera; *Caricæ*, id est, fiscus ex Caria provincia; et alia dulcia boni ominis causa, ut a rebus dulcibus dulces anni dies suspicarentur : de quibus ait Martialis 13. 27.

Aurea porrigitur Jani Caryota kalendis.

qu'il dispose, n'importe à quel titre, des biens de son pupille qu'il lui est défendu d'aliéner sans un décret. Nous en traiterons dans le livre suivant, tit. *de ceux dont on ne peut vendre les biens*, etc.

Il sort encore des bornes de son administration en disposant par donation de quoi que ce soit des biens de son pupille.

En effet, « le tuteur peut, pour l'utilité de son pupille, faire des novations et mettre en jugement; mais les donations qu'il aurait faites de ce qui appartenait à son pupille, ne peuvent pas préjudicier à ce dernier ».

Il est encore dit ailleurs : « Il a été permis aux tuteurs d'exiger ce qui est dû à leurs pupilles de leurs débiteurs, et ceux-ci sont libérés de droit en payant entre leurs mains; mais il ne leur a pas été permis de donner ni même de transiger d'une manière qui les lèze : et c'est pourquoi celui qui a payé aux tuteurs quelque chose de moins qu'il ne devait, peut être actionné pour le reste par le pupille ».

Ce qui est en effet conforme à ce que disent Dioclétien et Maximien dans un rescrit, que « les tuteurs n'ont pas entièrement le droit d'aliéner les biens de leurs pupilles, mais seulement celui de vendre comme administrateurs certaines choses que la loi leur désigne, et desquelles seules ils peuvent transmettre la propriété aux acquéreurs. C'est pourquoi, comme ils n'ont pas le droit de donner les biens de ceux dont ils administrent les affaires, rien ne vous empêche de revendiquer la propriété de ce que le vôtre a donné, sur ses donataires ».

XLII. Ce que nous venons de dire, que le tuteur ne peut rien donner des biens de son pupille, souffre quelques restrictions.

1°. Car « comme le tuteur doit diriger, non-seulement les biens de son pupille, mais encore ses mœurs, il doit payer à ses instituteurs, non pas les moindres honoraires qu'il pourra, mais des honoraires proportionnés à la fortune et à la naissance de leur élève, et fournir des alimens à ses esclaves, à ses affranchis, et même encore à d'autres personnes, si les convenances l'exigent. Il doit encore faire pour lui les présens d'usage à ses parens et alliés (1) ».

2°. Il est également permis à un tuteur de donner des alimens aux alliés de son pupille qui en ont besoin, comme l'enseigne Julien dans l'espèce suivante. « Un père ayant institué son fils son héritier, avait donné à sa fille seulement deux cents pièces

(1) De petits présens, des étrennes, qu'on envoyait à certains jours, comme le jour de la naissance d'un enfant, aux saturnales, aux calendes de mars, ainsi qu'on l'a vu *liv.* 24, au titre qui traite *des donations entre femme et mari*. On envoyait aussi aux calendes de janvier, des figues de Carie et autres douceurs, pour dire qu'on souhaitait des choses agréables. C'est ce qu'on voit par ce vers de Martial, 13, 27. « On offre aux calendes » de janvier, des figues dorées de Carie ».

Sempronium dedit. Is a cognatis et a propinquis pupillæ perductus ad magistratum, jussus est alimenta pupillæ et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillæ nomine præceptoribus (1) dare. Pubes factus pupillus puberi jam factæ sorori suæ ducenta, legati causa, solvit. Quæsitum est an *tutelæ* judicio consequi possit, quod in alimenta pupillæ et mercedes a tutore ex tutela præstitum sit? Respondi : Existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, quum hæc aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine, *tutelæ* judicio, pupillo; aut substitutis pupilli præstari debere (2) ». *l.* 4. *ff.* 27. 2. *ubi pupill. educ.* Jul. *lib.* 21. dig.

XLIII. Quod tamen dicimus de matre et sorore pupilli alenda, non indistincte obtinet. Ita enim Ulpianus : « Præterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse. Sed est verius; nonnisi si perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli. Utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit, et filius in facultatibus positus ». *l.* 1. §. 4. *ff. de tutel. et rat. distrah.* Ulp. *lib* 36. *ad ed.*

Item non indistincte accipiendum quo diximus de muneribus matri et sorori pupilli mittendis.

« Sed enim si minus nuptiale (3) matri pupilli miserit, non eum pupillo imputaturum Labeo scripsit, nec enim tam necessaria est ista muneratio ». *d. l.* 1. §. 5.

Item : « Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ (4), etiamsi aliter ea nubere non potuit. Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli (5) est ». *l.* 12. §. 3. *v. sed non.* Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

His quæ diximus, suffragatur Gaius : « In solvendis legatis et

(1) Hinc nota morem fuisse apud Romanos puellas non mulieribus, sed viris erudiendas tradi. Refert quoque Suetonius Cæcilium Attici libertum filiam patroni Agrippæ nuptam docuisse.

(2) Adde legem 14. §. 2. *ff.* 27. 3. *de tut. rat. et distrah.* quam vid. infra, *lib. seq. d. tit n.* 39.

(3) Intellige de his muneribus quæ hi qui nuptiis interfuerant, sponso et sponsæ dare solebant postridie nuptiarum : ut diximus in appendice ad *tit.* 2. *de ritu nupt.* supra, *lib.* 23.

(4) Cujacius ad *h.* §. secus obtinere putat, si soror sit germana aut consanguinea.

(5) Quum pubes erit.

d'or à titre de dot, parce qu'elle avait epousé un de ses esclaves, et leur avait donné Sempronius pour tuteur. Sempronius avait été cité devant le magistrat par les parens de sa pupille, et il lui avait été ordonné de lui fournir des alimens et de payer des honoraires à ses instituteurs (1). Le pupille devenu majeur avait payé les deux cents pièces d'or légués à sa sœur. On demandait s'il avait l'action de la tutelle pour les alimens et les honoraires payés par son tuteur des deniers de la tutelle. J'ai répondu qu'à mon avis, quand même le tuteur aurait alimenté et fait instruire le pupille sans décret du magistrat, il ne devrait rien à cet égard au pupille ni aux héritiers substitués (2), parce qu'il n'aurait pas pu faire autrement ».

XLIII. Cependant ce que nous avons dit sur l'obligation de fournir des alimens à la mère et à la sœur du pupille, n'a pas lieu dans tous les cas indistinctement; car Ulpien dit que « si le tuteur a fourni des alimens à la mère du pupille, suivant Labéon, il peut l'imputer dans son compte de tutelle; mais il est encore plus vrai de dire qu'à moins que la mère ne fût très-pauvre et le pupille très-riche, il ne peut pas s'en faire tenir compte. Pour qu'il le puisse, il faut donc que la mère soit dans la détresse et le fils dans l'opulence ».

Ce que nous avons dit des présens à faire à la mère et à la sœur du pupille, ne s'entend pas non plus de tous les cas indistinctement.

Car « si un tuteur a fait un présent de noces (3) à la mère de son pupille, il ne peut pas l'employer dans son compte de tutelle, suivant Labéon, qui dit aussi que ces sortes de présens ne sont pas indispensables ».

« Un tuteur ne peut pas non plus donner une dot à la sœur utérine de son pupille (4), quand même il ne pourrait pas la marier autrement; en effet, encore que la bienséance le demande, ce n'en est pas moins une libéralité qu'il faut laisser à la générosité du pupille (5) ».

Gaius confirme ce que nous venons de dire. « En acquittant les

---

(1) Il faut observer à cet égard que les Romains étaient dans l'usage de faire instruire les filles par des hommes, et non par des femmes. Suétone rapporte aussi qu'Atticus avait fait instruire sa fille, qui épousa ensuite Agrippa, par Cæcilius son affranchi.

(2) Ajoutez la *l.* 1. §. 2. *ff. sur la tutelle et la reddition des comptes*; loi que nous verrons dans le livre suivant, *d. tit. n.* 39.

(3) Ceci doit s'entendre des présens que ceux qui assistaient au mariage avaient coutume de faire au fiancé et à la fiancée la veille de leurs noces, comme nous l'avons dit dans l'appendice du titre *sur les cérémonies nuptiales*, *liv.* 23.

(4) Cujas, sur ce paragraphe, pense qu'il en était autrement par rapport à la sœur germaine ou consanguine.

(5) Quand il aura atteint l'âge de puberté.

fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum (1) solvat : nec nuptiale munus matri pupilli, vel sorori mittere. Aliud est si matri forte, aut sorori pupilli, tutor, ea quæ ad victum necessaria sunt præstiterit, quum semet ipsa sustinere non possit : Nam ratum id habendum est : nec enim eadem causa est ejus quod in eam rem impenditur, et quod muneris legatorumve nomine erogatur ». *l.* 13 §. 2. Gaius, *lib.* 12. *ad ed prov.*

XLIV. Denique, circa ea quæ pupilli nomine impendere tutor potest, generalem hanc regulam tradit Paulus : « *Nimium est* licere tutori respectu existimationis pupilli, erogare ex bonis ejus, quod ex suis non (2) honestissime fuisset erogaturus ». *sup. d. l.* 12. §. 2.

ARTICULUS V.

Quando finiatur administratio tutelæ vel curæ ?

XLV. Regulariter finitur administratio tutelæ vel curæ, finita tutela vel cura.

In quibusdam tamen rebus ultra excurrit. Exemplum affert Ulpianus : « Si tutor pupillum suum puberem factum non admonuerit, ut si curatores peteret, (sacris enim constitutionibus hoc facere jubetur, qui tutelam administravit) an tutelæ judicio teneatur ? Et magis puto sufficere tutelæ judicium, quasi connexum sit hoc tutelæ officio, quamvis post pubertatem admittatur ». *l.* 5. §. 5. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Eo nomine tenentur pariter tutoris vel curatoris heredes.

Igitur, « pecuniæ, quæ in arca fuit, etiam heres curatoris tandiu usuras præstabunt, quandiu non interpellaverint, ut loco defuncti curator constituatur ». *l.* 7 §. 13. Ulpianus, *lib.* 35. *ad ed.*

XLVI. Alter casus est quo tutelæ administratio ultra tempus quo tutela finita est, excurrit. De eo casu ita Philippus : « Tutores, qui necdum administrationem ad curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium adsistere oportere sæpe rescriptum est. Et ideo, si (ut proponis) instrumenta quibus asseri possunt causæ provocationis, etiamnum hi quorum meministi apud se detinent : aditus præses provinciæ, periculi sui eos admoneri præcipiet ». *l. un. cod.* 5. 48. *ut causæ post pubert.*

Idem circa curatores docet Ulpianus : « Post completum vige-

(1) Ut si, non detracta, quæ pupillo heredi debetur, Falcidia, solveret.

(2) Id est, quod potuisset salva honestate ex suis non erogare ; quamvis in hac erogatione major versetur honestas.

legs et les fidéicommis, un tuteur doit surtout se garder d'en payer qui ne soient pas dus (1). Il ne doit pas non plus faire des présens de noce à la sœur ou à la mère de son pupille; mais il peut leur fournir les choses nécessaires à la vie, si l'un ou l'autre manque de moyens d'existence; car il doit les lui passer dans son compte, et il n'en est pas de cette dépense comme des legs qu'il aurait payés, ou des présens qu'il leur aurait faits ».

XLIV. Paul établit enfin pour règle générale, sur ce que le tuteur peut dépenser au nom de son pupille, « qu'on ne doit pas permettre à un tuteur de dépenser des biens de son pupille pour lui faire honneur, plus que cette considération ne lui ferait dépenser à lui-même (2) ».

ARTICLE V.

Quand finit l'administration de la tutelle ou de la curatelle.

XLV. En général, l'administration de la tutelle ou de la curatelle, finit avec la tutelle ou la curatelle.

Il est cependant des cas où elle en excède la durée. Ulpien en rapporte un exemple. « Si un tuteur n'a pas averti son pupille devenu pubère, de se faire donner des curateurs, comme le lui ordonnaient les constitutions des princes, l'action de la tutelle aura-t-elle lieu par rapport à ce qui aura été administré dans cet intervalle? Je pense qu'il faut dire que cette action suffit pour une administration qui était une suite de celle de la tutelle, encore que celle-ci eût dû finir à la majorité du pupille ».

Les héritiers du tuteur ou du curateur en sont tenus comme lui.

C'est pourquoi les héritiers du curateur devront payer les intérêts des sommes qui lui étaient restées en caisse, tant qu'ils n'auront pas provoqué la nomination d'un autre à sa place ».

XLVI. Il y a encore un autre cas où l'administration de la tutelle se prolonge au-delà du terme de la tutelle. Philippe dit sur ce cas : « Il a été décidé par plusieurs rescrits que les tuteurs qui n'ont pas transmis leur administration à des curateurs, doivent poursuivre sur les appels qu'ils ont interjetés pour leurs pupilles; et c'est pourquoi, si, comme vous l'exposez, ceux dont vous vous plaignez, détiennent des titres nécessaires dans une cause d'appel, le président de la province auquel vous vous adresserez, ordonnera qu'ils soient avertis du danger qu'ils courent ».

Ulpien professe la même doctrine par rapport aux curateurs.

---

(1) Comme s'il eût payé sans déduire la Falcidie qu'il devait conserver à son pupille comme héritier.

(2) C'est-à-dire, ce qu'il peut se dispenser de faire sans manquer à l'honnêteté, encore qu'il fût plus honnête de le faire.

simum-quintum annum ætatis, si nondum rationes redditæ sunt; nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiæ curatorum convenit ut consilio suo cœptam litem perficiant. Si igitur cessent in his quæ constituta sunt faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum judicium, etiamsi (1) actum est; si tamen hujus rei ratio reddita non est ». *sup. d. l.* 5. §. 6.

Hæc ita obtinent, si tempore tutelæ jam acceperat judicium tutor aut curator.

Verum quum duntaxat is qui « tutor pro pupillo in judicium vocatur, solenniter cavit (2) : si inter moras puer ad pubertatem pervenit, non est cogendus accipere judicium ». *l.* 28. Marcell. *lib.* 8. dig.

Illud etiam observandum quod, accepto (tempore tutelæ) judicio, litem quidem ad sententiam perducere debent; judicati autem agere non tenentur, nec possent sin mandato, quum sit nova actio.

Hinc Papinianus : « Tutores, pubere pupillo constituto, litem appellationis inchoatam, jussu consulum (3) ob notitiam rei perfecerunt : quum judicatum persequi non potuerunt, periculo culpæ non subjiciuntur ». *l.* 39. §. 12. *lib.* 5. resp.

XLVII. Vidimus administrationem tutelæ finiri finita tutela, præterquam duobus casibus.

Maxime autem, « officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit ideoque omnia negotia quæ inita sunt ad fidem curatorum pertinent. Idque etiam divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit ». *l.* 33. §. 1. Callistr. *lib.* 4. *de cognitionibus.*

ARTICULUS VI.

Quam vim obtineant a tutore gesta ?

XLVIII. « Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam (4) pupillarem, domini (5) loco haberi debet ». *l.* 27. Paul. *lib.* 7. *ad Plaut.*

---

(1) Sensus est : *etiamsi* jam actum esset utili *negotiorum gestorum* actione adversus curatorem, ut redderet rationem curæ administratæ, si nondum reddidit, tenetur adhuc eadem actione eo nomine quod cessaverit litem persequi ; quod si jam rationes reddidisset, non teneretur.

(2) *Judicio sisti.*

(3) Fingendum a judice quem consules dederant, ad ipsos consules fuisse provocatum (Cujacius.)

(4) Id est, quantum ad ea quæ gerit, ut provideat negotiis pupilli sui.

(5) Quod gerit, perinde ratum est ac si dominus negotii fuisset.

« S'ils n'ont pas rendu leurs comptes et remis les titres d'une cause pendante, avant la vingt-cinquième année du mineur, leur honneur et leur réputation exigent qu'ils poursuivent cette cause jusqu'au jugement. Si donc ils négligent de faire ce qui restait à faire, je pense qu'il suffit d'exercer contre eux l'action de la gestion des affaires, quand elle aurait été déjà intentée (1), pourvu cependant qu'ils n'aient pas déjà rendu leurs comptes à cet égard ».

Il en est ainsi lorsque le jugement avait été accepté avant l'expiration de la tutelle, par le tuteur ou le curateur.

Mais lorsque « le tuteur cité en justice pour son pupille, n'a encore fait que donner la caution de s'y présenter (2), si, pendant le délai accordé pour y comparaître, son pupille est devenu pubère, il ne pourra pas être forcé à accepter le jugement.

Il faut pareillement observer que le jugement ayant été accepté avant l'expiration de la tutelle, ils doivent à la vérité y défendre jusqu'à ce qu'il soit prononcé; mais qu'ils ne sont pas tenus de poursuivre l'effet de la chose jugée; faculté qu'ils ne pourraient pas même avoir sans un mandat, parce que c'est une nouvelle action.

C'est Pourquoi Papinien dit : « Si les tuteurs ont dû poursuivre l'instance commencée par ordre des consuls, bien que leur pupille (3) se trouvât alors être pubère, comme ils ne pouvaient pas poursuivre l'effet du jugement qu'ils ont obtenu, on ne peut pas leur faire un crime de ne l'avoir pas fait ».

XLVII. Nous avons vu que l'administration de la tutelle finissait avec elle, excepté dans deux cas.

Mais « les fonctions des tuteurs cessent également du jour où l'on a donné des curateurs aux mineurs : c'est pourquoi toutes les affaires commencées passent à la charge des curateurs; ainsi le disent Marc et Commode son fils dans un rescrit ».

ARTICLE VI.

Quelle est la force des actes passés par le tuteur.

XLVIII. « Celui qui gère une tutelle est, quant à ce qu'il fait pour les intérêts de son pupille (4), réputé maître (5) des affaires qu'il fait ».

---

(1) Le sens est : encore qu'on eût déjà intenté l'action contre ce curateur pour lui faire rendre compte de l'administration de la curatelle, s'il n'a pas encore rendu ce compte, il est encore soumis à la meme action pour n'avoir pas poursuivi le procès; mais s'il avait rendu son compte, il n'en serait pas tenu.

(2) D'ester en justice.

(3) On suppose qu'il a été appelé aux consuls du juge qu'ils avaient donné. Cujas.

(4) C'est-à-dire, pour ce qu'il aurait fait par prévoyance dans les affaires de son pupille.

(5) Ce qu'il fait est ratifié comme s'il l'eût fait pour lui-même.

Igitur « quæ bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani et Hadriani. Et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest. Nam et inutile (1) est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente ».

« Nec interest, tutor solvendo fuerit, nec ne; quum, si bona fide res gesta sit, servanda sit; si mala fide, alienatio non valeat ». *l.* 12. §. 1. Paul. *lib.* 38. *ad ed.*

Similiter si tutori solutum fuerit, solutio liberationem parit debitori.

Hinc tutor « tutelæ judicio conventus edidit librum rationum, et secundum eum condemnatus solvit. Postea quum a debitoribus paternis, quorum nomina libro rationum inerant, exigere vellet pupillus, et prolatæ sunt ab his apochæ tutoris, quæsitum est utrum adversus tutorem, an adversus debitores actio ei competat? Paulus respondit: Si tempore administrandæ tutelæ tutori tutelam gerenti debitores solvissent, liberatos eos ipso jure a pupillo (2)». *l.* 46 §. 5. Paul. *lib.* 9. resp.

Obiter nota (3) : « Sed si cum tutore actum esset, posse eumdem adolescentem propter eam causam *tutelæ* experiri, et adversus exceptionem rei judicatæ, doli mali uti replicatione ». *d.* §. 5.

XLIX. Observa : « Si plures curatores dati sunt, Pomponius, libro 68 ad edictum, scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est. Nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, prætor uni eorum curationem decernet; ratumque habebit quod per eum sine dolo malo gestum est ». *l.* 3. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

Idem dicendum de tutoribus.

Et quidem, et « si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus, benigne (4)

---

(1) Id est, noxium et damnosum.

(2) Poterit pupillus restitui in integrum quum tutor solvendo non est. Sed si ex decreto judicis solutio facta fuerit, plenissima sequetur securitas; nec erit restitutioni locus. Hoc decretum judicis necessarium non est in solutione usurarum quæ biennales metas non excedunt. *l.* 25 *et* 27. *cod.* 5. 37. *h. tit.*

(3) Sensus est : sed, licet jam judicio *tutelæ actum esset cum tutore* qui rationem non reddidit earum pecuniarum, tamen dicendum, *posse eumdem adolescentem, etc.*

(4) *Benigne* hoc obtinet; nam stricto jure, quum conjunctam administrationem habeant, valere non deberet nisi quod conjunctim gessissent.

C'est pourquoi « Trajan et Adrien confirment par un rescrit tout ce qu'un tuteur a fait de bonne foi, d'où suit qu'le pupille ne peut pas revendiquer la chose que son tuteur a légitimement vendue. En effet, il serait préjudiciable (1) aux pupilles qu'il en fût autrement, parce que personne ne voudrait acheter de leurs tuteurs ».

« Il importe peu à cet égard que le tuteur soit ou ne soit pas solvable, puisque s'il est de bonne foi, sa vente sera ratifiée, et que, dans le cas contraire, elle sera nulle ».

Si l'on a payé à un tuteur, le paiement qu'on lui aura fait produira également la libération des débiteurs.

C'est pourquoi un tuteur « contre qui on avait intenté l'action de la tutelle, avait produit ses livres de comptes, et avait été condamné d'après leur contenu. Le pupille voulait ensuite poursuivre des débiteurs de son père pour des créances inscrites dans ces mêmes livres, et ces débiteurs ayant produit les quittances du tuteur, on demandait s'il y avait action contre le tuteur ou contre les débiteurs. Paul répondit que si les débiteurs avaient payé au tuteur pendant son administration, ils étaient libérés envers le pupille (2) ».

Observez en passant que « si l'action avait été intentée contre le tuteur (3), cela n'empêcherait pas le mineur d'exercer encore celle de la tutelle; et que quand même il y aurait eu jugement définitif, il aurait encore la réplique de la mauvaise foi contre l'exception de la chose jugée ».

XLIX. Observez encore que « s'il y avait plusieurs curateurs, Pomponius dit qu'on confirmerait même ce qui n'aurait été fait que par un seul, parce que si un fou ayant plusieurs curateurs, le préteur avait jugé avantageux pour lui de décerner l'administration de la curatelle à un d'entr'eux, il ratifierait ce que ce curateur aurait fait de bonne foi ».

Ces principes sont également applicables aux tuteurs.

Et même « si la tutelle a été donnée à gérer par le père, par le magistrat ou par les cotuteurs, à deux d'entr'eux, il faut en faveur de telles personnes (4), dire alors qu'il a été permis à cha-

---

(1) C'est-à-dire, nuisible et dangereux.

(2) Le pupille pourrait être restitué dans le cas où le tuteur serait devenu insolvable. Si le débiteur avait payé en vertu du décret du juge, il serait parfaitement en sûreté, et il n'y aurait pas lieu à la restitution. Ce décret ne serait pas nécessaire pour le paiement des intérêts, s'il n'excédait pas celui de deux années.

(3) Le sens est : quoique l'action de la tutelle eût été intentée contre le tuteur qui n'avait pas rendu compte de ces sommes, on ne serait pas moins fondé à dire que le mineur pourrait, etc.

(4) C'est par une interprétation favorable que cela a lieu ; car devant administrer conjointement, rien ne devrait valoir que ce qu'ils auraient fait conjointement, suivant le droit strict.

accipiendum est etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt ». *l.* 24. §. 1. Paul. *lib.* 9. *ad ed.*

Item Antoninus : « Ab uno ex tutoribus vel curatoribus causam posse minorum defendi, quum alii tutores vel curatores eam defendere noluerint, ignorare non debes ». *l.* 1. *cod.* 5. 40. *si ex plurib. tutorib.*

L. Quod si alicui expresse hac lege administratio concessa esset, ut nihil absque contutore gereret, quod ita gesserit, ratum non erit.

Hoc patet ex specie sequenti : « Titium et Mævium tutores quis dedit, et cavit : βουλομαι, etc. (id est) « *volo* et rogo omnia fieri » cum Mævii fratris mei consilio, et quod sine eo fiet, irritum » sit ». Titius solus a debitoribus exegit; an liberati essent ? Respondi : Si et administrationem Mævio dedisset, non recte solutum ». *l.* 47. Scæv. *lib.* 2. resp.

Et « Papinianus, libro 5 Responsorum, ita scribit : Pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine tutores liberavit. Non idcirco minus officium tutorum integrum (1) erit; sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere : tametsi neque liberatio (2) tutoris, neque voluntas patris, neque aut intercessio matris, tutoris officium infringat » *l.* 5. §. 8. Ulp. *lib.* 35. *ad ed.*

TITULUS VIII.

De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

PERTINET etiam hic titulus ad tractationem de administratione tutelæ et curæ. Nam administrationis tutelæ potissima pars est, ut tutor pupillo aliquid agenti auctoritatem accommodet. Pariter pars est administrationis curæ, ut curator adulto suo aliquid agenti consensum suum præbeat.

De auctoritate tutorum potissimum agitur in hoc titulo. Est

(1) In specie superiori testator non ex consilio tantum, sed etiam opera Mævii tutelam administrari voluit, quum eum contutorem Titio ideo dederit : Titius igitur non habebat solidum et integrum jus administrandi : at in specie hujus legis mandatur tutori duntaxat ut adhibeat consilium matris : cæterum, quum mater nec tutrix sit, nec esse possit, is tutor habet integrum et solidum jus administrandi.

(2) Id est, officium tutoris non infringitur, non mutatur ex eo quod testator tutorem liberavit, seu absolverit ab his quæ ex consilio matris gereret. Neque enim ideo minus tenebitur, si ex consilio matris quid culpabiliter gessit : vice versa, erit ratum quod bona fide gesserit, etiam citra consilium matris.

eun d'eux d'agir, parce qu'ils ne le peuvent pas tous deux à la fois ».

Antonin dit aussi : « Vous ne devez pas ignorer que la cause des mineurs peut être défendue par un seul de leurs tuteurs ou curateurs, lorsque les autres refusent d'entreprendre leur défense ».

L. Mais si l'administration de la tutelle a été donnée à un des tuteurs, sous la condition expresse qu'il ne pourrait rien faire sans le conseil de l'autre, ce qu'il aura fait seul ne sera pas ratifié.

C'est ce qu'on voit dans l'espèce suivante. « Un testateur avait » donné pour tuteurs à son fils Titius et Mævius, en disant qu'il » voulait et désirait que rien ne se fît sans le conseil de Mævius » son frère, et que ce qui aurait été fait autrement fût regardé » comme nul». Titius s'était fait payer seul de quelques débiteurs. » On demandait si ces débiteurs étaient libérés. J'ai répondu qu'ils n'avaient pas légalement payé, si l'administration avait été donnée à Mævius comme à Titius ».

Et Papinien dit : « Un père ayant ordonné que la tutelle de son fils fût gérée par le conseil de sa mère, en avait déchargé les tuteurs au moyen de cette condition. Les tuteurs n'en étaient pas moins chargés seuls de l'administration (1) ; mais ils devaient néanmoins prendre le conseil de la mère, bien que soit là volonté du père, soit l'intervention de la mère, ne dussent ni restreindre leur autorité, ni excuser leurs fautes (2) ».

TITRE VIII.

De l'autorisation et du consentement des tuteurs et curateurs.

Ce titre appartient aussi au traité de l'administration de la tutelle et de la curatelle ; car l'administration de la tutelle consiste principalement dans l'autorisation que le tuteur donne à son pupille, et celle de la curatelle, dans le consentement que le curateur donne à ce que fait le mineur.

Il s'agit principalement de l'autorisation du tuteur dans ce titre :

---

(1) Dans l'espèce précédente, le tuteur avait voulu que la tutelle fût administrée non-seulement avec le conseil, mais encore avec la coopération de Mævius, puisque c'était pour cela qu'il l'avait donné pour co-tuteur à Titius ; d'où suit que le droit d'administrer n'appartenait pas tout entier à Titius ; au lieu que dans l'espèce de cette loi on n'oblige le tuteur qu'à prendre le conseil de la mère ; et la mère ne pouvant être ni n'étant tutrice, le droit d'administrer appartient tout entier au tuteur.

(2) C'est-à-dire, les fonctions du tuteur ne sont pas changées ni altérées parce que le testateur l'a libéré pour tout ce qu'il ferait avec le conseil de la mère, et il ne sera pas moins responsable de ses fautes, parce qu'il les aura commises par le conseil de la mère ; comme aussi réciproquement tout ce qu'il aura fait sans ce conseil et de bonne foi, sera ratifié.

autem tutoris *auctoritas*, approbatio ejus quod pupillus agit, in ipso negotio a tutore interposita.

Circa hanc quæremus : 1°. quando necessaria sit ; 2°. a quo interponi debeat ; 3°. in quibus negotiis tutor auctor esse possit, cui vicinus tractatus est, an et quæ negotia possint inter tutorem et pupillum contrahi ; 4°. denique de forma auctoritatis interponendæ.

His cognitis, quæ ad curatorum consensum pertinent uno verbo absolventur.

Articulus I.

Quando necessaria sit tutoris auctoritas ?

I. Pupillus nec velle nec nolle in ea ætate, nisi apposita tutoris auctoritate, creditur : nam quod animi judicio fit, in eo tutoris auctoritas necessaria est ». *l.* 189. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Celsus, *lib.* 13. *dig.*

Hæc tamen regula in his duntaxat obtinet, in quibus pupillus suam conditionem deteriorem facere possit ; non si meliorem am fecit.

Hinc, « obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest (1) ; adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo, etiam sine tutoris auctoritate potest ». *l.* 9. Gaius, *lib.* 12. *ad ed.*

II. « Sed credendo obligare sibi non potest (2) ; quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest ». *d. l.* 9.

Et quidem « eum quia a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit ». *l.* 9. *cod.* 7. 26. *de usucap. pro empt.*

« Ex hoc autem quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse ». *d. l.* 9. §. 1.

Obiter nota. « Hoc amplius : licet tutoris auctoritate manumittat, debet e lege Ælia-Sentia (3) apud consilium causam probare ». *d.* §. 1.

Ex eo quod pupillus sine tutoris auctoritate alienare non valet,

---

(1) Ita ut, quum deest tutoris auctoritas, actus sit ipso jure nullus. An idem dicendum de eo quod adultus agit sine consensu curatoris, vid. infra *art.* 5.

(2) Non enim contrahi potest obligatio ex mutuo, nisi pecunia quæ creditur, fiat accipientis : ut vid. supra, *lib.* 12. *tit.* 1. *de reb. cred.* Porro pupillus pecuniam quam credit, non potest sine tutoris auctoritate alienare et facere cipientis.

(3) De qua latius vide infra, *lib.* 40. *tit.* 9. *qui et a quib. manum.*

or, cette autorisation est l'approbation que le tuteur donne à ce que fait son pupille.

Nous examinerons sur cette approbation, 1°. quand elle est nécessaire; 2°. qui doit la donner; 3°. dans quelles affaires elle peut être donnée; à quoi se rapporte la question de savoir si le tuteur et son pupille peuvent et sur quoi ils peuvent contracter entre eux; 4°. enfin, quelle est la forme de l'approbation à donner par le tuteur à son pupille.

Après avoir résolu ces questions, nous dirons un mot du consentement des curateurs.

ARTICLE I.

Quand l'autorisation du tuteur est nécessaire.

I. « Un pupille, aussi long-tems qu'il ne cesse de l'être, est censé ne pouvoir, ni vouloir, ni ne pas vouloir sans l'autorisation de son tuteur; car il a besoin de cette autorisation pour l'un et l'autre ».

Toutefois cette règle n'a lieu que dans les cas où le pupille peut détériorer sa condition, qu'il peut cependant améliorer sans y être autorisé.

C'est pourquoi « le pupille ne peut être obligé par aucun contrat sans l'autorisation de son tuteur (1); mais il peut s'en dispenser pour acquérir par stipulation ou tradition ».

II. « Toutefois il ne peut pas, en prêtant, obliger un autre envers lui (2), parce qu'il ne peut pas aliéner sans y être autorisé par son tuteur ».

Et même « la prescription d'aucun tems ne couvre les vices du contrat en vertu duquel on a acquis d'un pupille sans l'autorisation de son tuteur ».

« Il suit aussi de ce que le pupille ne peut rien aliéner sans l'autorisation de son tuteur, qu'il ne peut pas non plus affranchir un esclave sans cette autorisation ».

Observez en passant que « de plus, encore qu'il soit autorisé par son tuteur à affranchir, il doit encore prouver les motifs de son affranchissement, d'après la loi *Ælia-Sentia* (3) ».

Il suit encore de ce qu'un pupille n'a pas la faculté d'aliéner sans

---

(1) De manière que l'acte est nul de droit, s'il n'est pas autorisé par son tuteur. En est-il de même de l'adulte qui agit sans le consentement de son curateur? C'est ce qu'on verra *art.* 5.

(2) Parce que l'obligation qui naît du prêt n'a lieu qu'autant que la propriété de la somme prêtée a passé à l'emprunteur, comme on l'a vu *liv.* 12, au titre qui traite *des choses prêtées;* et que la pupille qui prête sans l'autorisation de son tuteur, n'aliène pas sa propriété.

(3) Sur quoi voyez ci-après *liv.* 40, le titre qui traite *de ceux qui peuvent être affranchis, et par qui ils peuvent l'être.*

sequitur etiam quod « pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit; quia nullum dominium transferre potest ».

« Si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus (1) ». *d. l.* 9. §. 2.

III. Non potest etiam pupillus se obligare sine tutoris auctoritate.

Hinc « pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur: sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior (2) factus est ». *l.* 5. §. 1. Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

Nam, « *jure naturæ*, æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem ». *l.* 206. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Pompon. *lib.* 9. *ex variis lectionib.*

Item « pupillo capienti pignus, propter metum pigneratitiæ actionis (3) necessaria est tutoris auctoritas ». *l.* 38. *ff.* 13. 7. *de pignerat. act.* Modest. *lib.* 1. *different.*

Item « hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest (4), quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum ». *sup. d. l.* 9. §. 3.

Similiter, « si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia, et in agnoscenda (5) et in repudienda bonorum possessione, voluntatem tutoris curatorisque spectari debere placuit : qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelæ curationisve judicio tenebuntur ». *l.* 11. Gaius, *lib.* 15. *ad ed. prov.*

Sed « nec ex senatusconsulto Trebelliano hereditatem recipere (6) pupillus sine tutoris auctoritate potest ». *sup. d. l.* 9. §. 4.

IV. Maxime autem in litibus tutoris auctoritas necessaria est.

Et quidem Justinianus constituit ut etiam in criminalibus causis, pupillis et minoribus, sive agerent, sive accusarentur (in quibus casibus adultos et pupillos leges accusari concedunt), tutores et curatores adessent. *l.* 4. *cod.* 5. 59. *h. tit.*

---

(1) Pariter consumptis bona fide nummis quos pupillus mutuo dedit, reconciliatur mutuum, ut vid. in *institut. lib.* 2. *tit.* 8. *quib. alien. licet.* §. 2.

(2) Quod obtinuit ex rescripto D. Pii.

(3) Quia qui pignus accipit, obligatur *pigneratitia* actione ei qui pignus dedit : ut vid. supra, *lib.* 13. *tit.* 7. *de pignerat. act.*

(4) Quia qui hereditatem adit, obligatur creditoribus hereditariis.

(5) Agnitione *bonorum possessionis* perinde ac aditione *hereditatis* obligatio contrahitur erga creditores.

(6) Obligatur enim, tenetorque *utilibus* actionibus, qui hereditatis fideicommissum ex Trebelliano recipit. Vid. infra, *lib.* 36. *tit.* 1. *ad senatusconsult. Trebell.*

l'autorisation de son tuteur, que « tous les paiemens d'un pupille sont nuls, parce qu'il ne peut pas transmettre de propriété ».

» Si cependant le créancier a dépensé de bonne foi l'argent qu'il avait reçu du pupille, celui-ci sera libéré (1) ».

III. Un pupille ne peut pas non plus s'obliger sans l'autorisation de son tuteur.

C'est pourquoi « un pupille ne s'oblige pas en vendant sans l'autorisation de son tuteur, et il ne s'oblige pas non plus en achetant, à moins qu'il n'en devienne plus riche (2) ».

Parce que « le droit naturel veut que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui ».

« Le pupille a pareillement besoin de l'autorisation de son tuteur pour recevoir un gage, et acquérir l'action pignératice (3) ».

« Un pupille ne peut non plus accepter une succession qu'avec l'autorisation de son tuteur (4), encore qu'il y ait avantage et gain à en retirer, et absence de tout danger à l'accepter ».

De même « il a été décidé qu'un pupille en démence ne pouvait ni accepter ni refuser la possession des biens sans y être autorisé par son tuteur et son curateur (5), lesquels sont soumis à l'action de la tutelle ou de la curatelle pour ce qu'ils auraient fait à cet égard contre ses intérêts ».

Et même « un pupille ne peut pas, sans l'autorisation de son tuteur, recueillir une succession en vertu du sénatus-consulte Trébellien (6) ».

IV. Mais l'autorisation du tuteur est surtout nécessaire dans les affaires litigieuses.

Justinien a même voulu que les tuteurs et curateurs fussent appelés dans les causes criminelles intentées par leurs pupilles ou leurs mineurs, ou contre eux, dans les cas où la loi le permet.

---

(1) Le prêt est également confirmé lorsque la somme prêtée par le pupille a été dépensée de bonne foi, comme on l'a vu dans les *institutes*, au titre *de ceux à qui il est permis d'aliéner*, §. 2.

(2) Ce qui a reçu force de loi par le rescrit d'Antonin-le-Pieux.

(3) Parce que celui qui reçoit un gage se soumet à l'action pignératice, comme on l'a vu *liv.* 13, au titre qui traite de la même action.

(4) Parce que celui qui accepte une successsion, s'oblige envers les créanciers héréditaires.

(5) On s'engage envers les créanciers en acceptant une succession prétorienne, comme en acceptant une succession civile.

(6) Celui qui reçoit le fidéicommis d'une succession en vertu du sénatus-consulte Trébellien, est obligé et passible des actions utiles, comme on le *liv.* 36, au titre *sur le sénatus-consulte Trébellien.*

ARTICULUS II.

A quo debeat interponi auctoritas quæ pupillo necessaria est?

V. Auctoritas a tutore debet interponi, non a curatore. Unde Paulus respondit: « Curatorem etiam impuberi dare posse; sed ad ea, quæ solennitatem juris desiderant, explicandi, tutore auctore opus esse ». *l.* 19. Paul. *lib.* 9. *resp.*

« Si plures sunt tutores, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos qui testamento dati sunt; nam et his vel unius auctoritas sufficit ». Ulp. *fragm. tit.* 11. §. 26.

Ex inquisitione datos hac in re testamentariis similes fuisse docet Justinianus: *l.* 5. *cod.* 5. 59. *h. tit.* Eadem autem lege hoc discrimen inter tutores penitus sustulit, statuitque ut unius cujusvis tutoris auctoritas sufficeret, præterquam in his negotiis in quibus de finienda tutela agitur: « ut puta, si pupillus in arrogationem se dare desiderat: *in quibus negotiis omnium tutorum auctoritatem interponi voluit: ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur* ». *d. l.* 5. *cod. h. tit.*

VI. At vero « etsi pluribus datis tutoribus, unius auctoritas sufficiat, tamen, si tutor auctoretur, cui administratio tutelæ concessa non est, id ratum a prætore haberi non debet. Et ideo puto verius esse Offilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, sciens (1) alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri. Item si eo auctore emam qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi ». *l.* 4. Pomp. *lib.* 17. *ad Sab.*

Simili ratione, divisa administratione, non poterit quis auctor esse in negotio quod non pertineat ad partem administrationis, quæ ipsi credita est. *sup. d. l.* 5. *cod.* 5. 59. *h. tit.*

Cæterum Africanus « pupillum etiam eo tutore auctore qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait (2) ». *l.* 49. *ff.* 29. 2. *de acq. vel omitt. hered. lib.* 4. *quæst.*

---

(1) Scilicet, maxime si hoc sciam: idem tamen erit, etsi ignoraverim.

(2) Cujacius ad *h. l.* ait speciale hoc esse in aditione hereditatis: in cæteris autem causis quæ ad administrationem patrimonii pupillaris pertinent, nonnisi eum tutorem cui administratio data est, pupillo auctorem esse posse: in aditione vero hereditatis, etiam honorarium tutorem posse esse auctorem; quia hæc res quodammodo fit extra administrationem patrimonii pupillaris, nec tam fit facti quam animi. Wissenbachius non secernit aditionem hereditatis a cæteris causis: sed putat hanc legem de honorario tutore, legem vero 4, accipiendam de eo tutore cui denegata est administratio: cæterum honorarios tutores qui simpliciter non administrant, auctores esse posse. Alii aliter. Vid. Duarenum, Pacium, Bachovium, Bronchorstium, etc.

ARTICLE II.

Par qui doit être interposée cette autorisation du tuteur, nécessaire au pupille.

V. Cette autorisation doit être interposée par le tuteur, et non par le curateur. C'est pourquoi Paul a répondu « que l'on pouvait donner des curateurs à un impubère, mais que pour les choses qui exigeaient les formes légales, il fallait qu'il eût un tuteur ».

« Si un pupille a plusieurs tuteurs, il faut qu'ils l'autorisent » tous dans toute affaire, à moins que ce ne soient des tuteurs » donnés par testament; car, dans ce cas, il suffirait qu'il fût au- » torisé par un d'entre eux ».

Justinien dit que les tuteurs donnés après informations doivent être assimilés aux tuteurs testamentaires. Il a pareillement, d'après la même loi, supprimé toute différence entre les uns et les autres, de sorte que l'autorisation d'un seul d'entre eux fût suffisante, excepté pour les cas où il s'agirait de faire cesser la tutelle, comme celui d'un pupille qui demande à se donner en adrogation; cas dans lesquels il a voulu que tous les tuteurs intervinssent, « afin que tous approuvassent ce qui les touchait tous également ».

VI. Mais « bien que l'autorisation d'un seul des tuteurs suffise, le préteur doit cependant rejeter l'autorisation du tuteur à qui l'administration de la tutelle n'a point été décernée. C'est pourquoi je pense qu'il faut dire, suivant Offilius, que si j'achète quelque chose d'un pupille, sous la seule autorisation de celui de ses tuteurs que je sais qu'il n'administre pas la tutelle (1), je ne serai pas propriétaire. Il en sera de même de celui qui aurait été destitué, car la vente ne serait pas confirmée ».

Par la même raison, si l'administration de la tutelle a été divisée, celui des tuteurs à qui n'appartiendrait pas l'administration de l'affaire dont il s'agirait, ne peut pas autoriser le pupille ».

Toutefois Africanus dit « qu'un pupille s'oblige en acceptant une succession (2), même sous l'autorisation du tuteur qui ne gère pas sa tutelle ».

---

(1) Surtout si je le sais : cependant il en serait encore de même dans le cas où je l'ignorerais.

(2) Cujas, sur cette loi, pense que cela est particulier à l'adition d'hérédité, et qu'il n'y a que le tuteur qui a l'administration des biens, qui puisse autoriser le pupille pour ce qui concerne celle de son patrimoine; mais que dans l'adition d'hérédité, le pupille peut être autorisé même par son tuteur honoraire, parce que cet acte étant hors de l'administration des biens patrimoniaux, est plutôt un acte de la volonté qu'un fait. Wissenbach ne distingue pas l'adition d'hérédité des autres affaires du pupille; mais il pense que cette loi doit s'entendre du tuteur honoraire, et la *l.* 4, du tuteur à qui l'administration a été refusée; au lieu que les tuteurs honoraires qui de leur nature ne sont pas administrateurs, peuvent autoriser le pupille. D'autres pensent autrement. Voy. Duaren, Pacius, Bachovius, Bronchorstius, etc.

VII. Illud notandam quod « si duo rei sint stipulandi, et alter, me auctore, a pupillo stipuletur, alter altero tutore auctore (1): dicendum est stipulationem valere : sic tamen si auctoritas tutoris unius (2) sufficiat. Cæterum, si non sufficiat (3), dicendum erit inutilem esse stipulationem ». *l.* 7. §. 1. Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

VIII. Tutor, si mutus aut surdus factus fuerit, non potest esse auctor : ut vid. supra *lib.* 26. *tit.* 1. *de tutel. n.* 7.

At « etiamsi tutor cæcus factus sit, auctor fieri potest ». *l.* 16. Paul. *lib.* 1. *ad l. Æliam-Sentiam.*

ARTICULUS III.

In quibus negotiis tutor auctor esse possit? Item an, et quæ negotia possint pupillum inter et tutorem contrahi?

§. I. *In quibus negotiis tutor auctor esse possit.*

IX. Regulariter in quibuslibet negotiis tutor pupillo auctor esse potest.

Et quidem « accipientis et edentis judicium (4) idem tutor auctor utrique fit ».

« Sed hoc utrum ita est, si bis auctor factus est, an et una auctoritas sufficiat eo animo ut ad utrumque pertineat? Dubitat quidem Pomponius : sed fortiter defenditur sufficere unam auctoritatem ». *l.* 15. Marc. *lib.* 2. *regul.*

X. In his autem negotiis tutor pupillo auctor esse non potest, in quibus in rem suam auctor esse videtur.

V. G. « sed et (si) quum solus sit tutor, mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori ».

« Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus

(1) Non placet Wissenbachii sententia. Nam lex 4. *h. tit* (modo supra) expresse distinguit, ab eo cui administratio denegata est, illum *cui administratio tutelæ concessa non est*; quem tamen pariter non posse auctorem esse definit : is autem qui *non remotus est*, sed *cui non est concessa administratio*, quid aliud esse potest, quam honorarius tutor? Standum igitur sententiæ Cujacii.

(2) Scilicet si tutor ille fuerit testamentarius, aut ex inquisitione datus. Vid. supra *n.* 5.

(3) Scilicet si tutor esset legitimus; quia jure Pandectarum, solus sine contutoribus suis, auctor esse non poterat.

(4) Finge inter duos pupillos qui eumdem tutorem habent, esse judicium *familiæ erciscundæ* aut *communi dividundo.*

VII. Il faut observer que « si deux créanciers stipulent d'un pupille qui a deux tuteurs, l'un sous mon autorisation, l'autre sous celle de mon co-tuteur (1), il faut dire que la stipulation de l'un et de l'autre est valable, pourvu cependant que le tuteur qui l'a autorisé ait pu l'autoriser seul (2); mais autrement (3) il faut dire qu'elle est nulle ».

VIII. Un tuteur devenu sourd ou muet ne peut plus autoriser son pupille, comme on l'a vu ci-dessus, au titre *de la tutelle*, *n.* 7.

Mais « un tuteur peut même encore, après être devenu aveugle, autoriser son pupille ».

ARTICLE III.

Dans quelles affaires un tuteur peut autoriser son pupille, si et dans quelles affaires le pupille et le tuteur peuvent contracter entre eux.

§. I. *Pour quelles affaires un tuteur peut autoriser un pupille.*

IX. Le tuteur peut autoriser son pupille pour toute espèce d'affaires en général.

Et en effet « le même tuteur peut autoriser l'un et l'autre des deux pupilles qui agisssent l'un contre l'autre (4) ».

» Mais en est-il ainsi seulement dans le cas où il les a autorisés séparément? et suffit-il qu'il les autorise collectivement? Pomponius en doute; mais il y a de fortes raisons pour décider qu'une seule autorisation suffit ».

X. Mais un tuteur ne peut pas autoriser son pupille dans les affaires où il a lui-même quelque intérêt.

Par exemple, « si un pupille n'a qu'un tuteur, il ne sera point obligé envers lui dans le cas où ce tuteur lui aura prêté de l'argent ou en aura stipulé de lui ».

» Il le sera cependant naturellement s'il en est devenu plus riche;

---

(1) Nous n'adoptons pas l'opinion de Wissenbach, parce que la *l.* 4. *de ce titre*, que nous venons de voir, distingue expressément celui à qui l'administration de la tutelle a été refusée, de celui à qui elle n'est pas accordée, en disant cependant que ni l'un ni l'autre ne peut autoriser le pupille. Mais celui qui n'a pas été rejeté de l'administration, et à qui elle n'a seulement pas été accordée, ne peut être autre chose qu'un tuteur honoraire. Il faut donc s'en tenir à l'opinion de Cujas.

(2) C'est-à-dire, si ce tuteur a été donné par testament ou après information. Voy. ci-dessus *n.* 5.

(3) C'est-à-dire, si c'est un tuteur légitime qui, suivant le droit des Pandectes, ne pouvait pas autoriser le pupille sans l'intervention de ses co-tuteurs.

(4) On suppose qu'un des deux pupilles qui ont le même tuteur, a intenté contre l'autre une action en partage d'une succession ou en division d'une chose commune.

est. Nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis, actionem in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit (1) ». *l.* 5. *v. et.* Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

« Et quum quidam auctoritatem accommodaret pupillæ suæ, ut servo suo stipulanti sponderet, D. Pius-Antoninus rescripsit, jure pupillam non teneri (2), sed in quantum locupletior facta est dandam actionem ». *l.* 1. *v. et quum quidam.* Ulp. *lib.* 1. *ad Sab.*

Ex eo quod tutor in rem suam auctor pupillo esse non possit, sequitur etiam quod non potest tutor quicquam a pupillo suo se auctore acquirere.

V. G. « sed si auctor fiat ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas : evidenter enim sua auctoritate rem adquirit ». *d. l.* 1. *v. fin.*

Enimvero, « si filius tutoris, vel quæ alia persona juri ejus subjecta, emerit, idem erit atque si ipse emisset ». *l.* 5. §. 6. Ulpian. *lib.* 40. *ad. Sab.*

Inde fit ut « si servus communis, tuus et Titii, a pupilla tua, te auctore, aliquam rem per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit. Marcellus notat : nam quodcumque ad omnes dominos non potest pervenire, id pro solido ad eum cui adquiri potest, pertinere veteres comprobaverunt (3) ». *l.* 12. Jul. *lib.* 21. *digest.*

Quum a pupillo suo tutor se auctore nihil acquirere possit, hinc, « si quid est quod pupillus agendo tutorem suum liberaturus est, id ipso tutore auctore agi recte non potest ». *l.* 22. Labeo, *lib.* 5. Pithanon.

Et quidem « potest pupillus, tutore auctore, debitorem suum Titio delegare : sed quum tutor debet pupillo, dicendum est, neque delegari (4) eum, neque procuratorem (5) adversus tutorem dari ipso tutore auctore posse, quia futurum sit ut auctoritate sua liberetur ». *l.* 18. Paul. *lib.* 1. *ad Plaut.*

XI. « Quanquam regula sit juris civilis, in rem suam auctorem

---

(1) Pupillus, ex negotio sine tutoris auctoritate gesto locupletior factus, ante hanc constitutionem naturaliter duntaxat obligabatur ; ex hac constitutione, etiam civiliter : et hoc constituit D. Pius, naturalem æquitatem secutus, potius quam juris rationem.

(2) In rem enim suam auctor fuit tutor ; quum ex stipulatione servi ipsius, non possit nisi ipsi jus acquiri.

(3) Vid. *tit.* 3. *de stipul. servi.* infra, *lib.* 45.

(4) Qui delegatur, liberatur a vetere creditore, et se obligat erga novum creditorem : porro tutor pupilli debitor, non potest, se auctore, liberari a pupillo : non potest igitur ab eo delegari.

(5) Id est, non potest pupillus, tutore suo auctore, actionem quam adversus illum habet, mandare alteri ; qui adversus illum tutorem sit illius pupilli procurator in rem suam.

car Antonin-le-Pieux dit dans un rescrit (1) qu'il faut donner action au tuteur contre son pupille, et même à tout autre, pour ce dont le pupille est devenu plus riche ».

« Et un tuteur ayant autorisé sa pupille à s'engager envers son esclave, Antonin-le-Pieux décida par un rescrit que l'engagement de la pupille était nul de droit (2), mais qu'il fallait donner action contre elle, si elle en était devenue plus riche ».

Puisqu'un tuteur ne peut pas autoriser son pupille dans une affaire où il a intérêt, son pupille ne peut donc pas, sous son autorisation, lui vendre quelque chose à lui-même ».

Par exemple, « s'il autorise son pupille dans une donation faite à son fils, cette autorisation sera nulle, parce qu'il est évident qu'il a acquis au moyen et par le fait de son autorisation ».

En effet, « lorsque le fils du tuteur ou quelqu'autre personne qui est sous la puissance du tuteur, achète quelque chose, c'est comme s'il l'achetait lui-même ».

D'où résulte que « si un esclave qui vous est commun à Titius et à vous, reçoit une donation de votre pupille sous votre autorisation, Marcellus observe que toute la chose donnée appartiendra à Titius, parce que les anciens ont décidé que ce qui ne pouvait pas appartenir aux deux maîtres d'un esclave, appartenait en entier à celui pour qui cet esclave pouvait l'acquérir (3) ».

Un tuteur ne pouvant, sous sa propre autorisation, acquérir de son pupille, il s'ensuit que « le pupille ne peut pas faire régulièrement sous l'autorisation de son tuteur, ce qui produirait la libération de ce dernier ».

A la vérité « un pupille peut, avec l'autorisation de son tuteur, déléguer son débiteur à un tiers; mais lorsque le débiteur doit à son pupille, il faut dire qu'il ne peut pas l'autoriser à le déléguer (4), ni à constituer un procureur contre lui (5), parce qu'il paraîtrait ne l'avoir autorisé que pour se libérer envers lui ».

XI. « Nonobstant la règle de droit civil, d'après laquelle un tu-

---

(1) Un pupille enrichi par une affaire faite sans l'autorisation de son tuteur, n'était que naturellement obligé avant cette constitution : mais il l'est même civilement par cette constitution : en quoi Antonin-le Pieux a suivi bien plus l'équité naturelle que la raison du droit.

(2) Parce que le tuteur a autorisé son pupille dans une affaire où il avait intérêt, puisque son esclave ne pouvait acquérir de droit que pour lui par sa stipulation.

(3) Voyez le titre qui traite *de la stipulation des esclaves*, ci-après, *liv.* 45.

(4) Le débiteur délégué est libéré envers son ancien créancier, et est obligé envers le nouveau : or, un tuteur débiteur de son pupille ne peut être libéré envers lui, ni par conséquent délégué par lui, en vertu de son autorisation.

(5) C'est-à-dire, le pupille ne peut pas, en vertu de l'autorisation de son tuteur, faire exercer l'action qu'il a contre lui par un tiers qui soit son procureur contre son tuteur, dans sa propre affaire.

tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare; quamvis per hoc debitor ejus efficiatur. Prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat; *per consequentias* contigit ut debitum subeat: se tamen auctore, ab eo stipulari non potest ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 1. *ad Sabin.*

Hinc « quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semet, vel subjectas sibi personas, adquiritur ei stipulatio: cæterum, negotium ei geri, ut dictum est, *per consequentias*, nihil prohibet auctoritas ». *l.* 7. Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

Item V. G. « nuptiis ex voluntate patris (1) puellæ cum filio tutoris jure contractis, dos pro modo facultatum et dignitate natalium, recte per tutorem constitui potest (2) ». *l.* 69. §. 5. *ff.* 23. 3. *de jur. dot.* Pap. *lib.* 4. *resp.*

XII. Quemadmodum tutor non potest esse pupillo auctor in rem suam, pariter non potest esse auctor in rem ejus in cujus esset potestate.

Hinc « si et pater, et filius qui in potestate ejus fuit, tutores fuerunt, et pater sit stipulatus filio auctore, nullius momenti erit stipulatio: idcirco, quia in rem patris auctor esse filius non potest ». *sup. d. l.* 7. §. 2.

§. II. *An et quæ negotia, inter tutorem et pupillum, contrahi possint?*

Vidimus tutorem in rem suam auctorem fieri non posse: huic tractatui vicina est quæstio quam in hoc paragrapho proponimus.

XIII. Et quidem si plures sint tutores, contutore auctore, tutor quodvis negotium cum pupillo contrahere potest.

Hinc Ulpianus: « Pupillus obligari tutori eo auctore non potest: plane si plures sint tutores, quorum unius (3) auctoritas sufficit, dicendum est, altero auctore, pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det, sive stipuletur ab eo ». *l.* 5. Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

« Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non po-

(1) Defuncti patris qui hunc sponsum vivus filiæ destinaverat. Hoc solo casu permittuntur nuptiæ inter pupillam et tutoris filium: ut videb. supra, *lib.* 23. *tit.* 2. *de rit. nupt. n.* 42.

(2) Quamvis videatur esse in rem suam auctor, quum dos quæ pro pupilla, filio ejus constituitur, ipsi jure patriæ potestatis acquirenda si: sed non tam rem suam videtur agere, quam officio boni viri fungi in constituenda dote, quæ a quovis alio tutore æque constituenda fuisset.

(3) Quales sunt testamentarii, et ex inquisitione dati, supra *n.* 5.

teur ne peut pas autoriser dans sa propre affaire, il peut cependant autoriser son pupille à accepter la succession de son propre débiteur, encore bien qu'il devienne par-là débiteur de son tuteur. La première raison en est qu'il devient héritier, et que c'est par induction qu'il devient débiteur; car son tuteur ne pourrait pas l'autoriser à stipuler ».

C'est pourquoi « ce que nous disons, qu'un tuteur ne peut pas autoriser son pupille dans une affaire où il a intérêt, est vrai toutes les fois qu'il se fait promettre quelque chose par lui-même ou par quelqu'un sous sa puissance; mais, comme on l'a dit, son autorisation n'empêche pas le pupille de faire validement une affaire où il n'a qu'un intérêt par induction ».

Et, par exemple, « le fils du tuteur épousant sa pupille d'après la destination de son père (1), le tuteur peut lui constituer une dot relative à sa fortune et à sa naissance (2) ».

XII. Comme un tuteur ne peut pas autoriser son pupille dans sa propre affaire, de même il ne peut pas l'autoriser dans l'affaire de celui sous la puissance duquel il est.

C'est pourquoi « si le père et le fils qui est sous sa puissance, ont été donnés pour tuteurs, et que le père stipule du pupille autorisé par le fils, la stipulation sera nulle, parce que le fils ne peut pas autoriser dans l'affaire de son père ».

§. II. *Si et quelles affaires peuvent avoir lieu entre tuteur et pupille.*

Nous avons vu que le tuteur ne pouvait pas autoriser son pupille dans une affaire où lui-même avait un intérêt; ce qui a beaucoup de rapport avec la question qu'on fait dans ce paragraphe.

XIII. A la vérité, s'il y a plusieurs tuteurs, l'un d'eux peut contracter pour toute affaire avec le pupille, autorisé par l'autre.

C'est pourquoi Ulpien dit: « Un pupille ne peut pas s'obliger envers son tuteur en vertu de son autorisation; mais s'il y a plusieurs tuteurs dont un seul puisse valablement autoriser le pupille (3), il faut dire que celui-ci peut s'obliger envers lui sous l'autorisation de l'autre, activement ou passivement ».

« Et le tuteur ne peut pas non plus se vendre à lui-même les biens

(1) Du père de la pupille, lequel lui avait destiné pour époux le fils de ce tuteur. C'est le seul cas où le fils du tuteur puissé épouser sa pupille, comme on l'a vu au titre *des solennités du mariage*, *n.* 42.

(2) Bien qu'il paraisse autoriser dans sa propre affaire, puisque la dot constituée à son fils pour sa pupille, lui est acquise en vertu de sa puissance paternelle; mais en constituant cette dot que tout autre tuteur aurait pu constituer, il est moins censé faire sa propre affaire que remplir le devoir d'un bon père de famille.

(3) Tels que sont les tuteurs testamentaires et les tuteurs donnés après informations. Voy. ci-dessus *n.* 5.

test : sedenim si contutorem habeat cujus auctoritas sufficit, procul dubio emere potest ». *d. l.* 5. §. 2.

Hoc tamen ita ratum erit si bona fide contrahatur. « Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere potest. Sane, si suæ ætatis factus comprobaverit emptionem contractus valet ». *d. l.* 5. *d.* §. 2.

XIV. « Sed si per interpositam (1) personam rem pupilli emerit, in ea causa est ut emptio nullius momenti sit; quia non bona fide videtur rem gessisse. Et ita est rescriptum a D. Severo et Antonino ». *d. l.* 5. §. 3.

Hoc multo magis obtinebit, si de re immobili agatur. Enimvero « quamvis antecessor præsidis decrevisset ea prædia venumdari, quæ tutor pupilli, subjecto nomine alterius emptoris, ipse sibi comparabat: tamen si fraudem et dolum contra senatusconsulti auctoritatem et fidem tutori commissam deprehendisset successor ejus, æstimabit quateuus tam callidum commentum etiam in exemplum coerceri debeat ». *l.* 9. *ff.* 27. 9. *de rebus eorum, etc.* Ulp. *lib.* 5. *opinionum*

Non valet quidem emptio rerum pupillarium per interpositam personam a tutore facta.

« Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide, sed simpliciter (ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi) valet emptio. Quod si callide, idem erit ac si per interpositam personam emisset ». *l.* 5. §. 4. Ulp. *lib.* 40. *ad Sab.*

Maxime autem « tutores quibus administratio decreta non esset, tanquam extraneos, recte a pupillo emere placet ». *l.* Pomp. *lib.* 17. *ad Sab.*

XV. Hactenus de casu quo tutor, contutore auctore aliquid a pupillo acquirit, et cum eo contrahit : sed, et absque contutoris ullius auctoritate, tutor interdum res pupilli acquirere potest, puta « sed et si creditor pupilli distrahat, æque emere bona fide poterit ». *d. l.* 5. §. 5.

Item in specie sequenti : « Tutor rerum et animalium pupilli venditionem fecit : sed quædam animalia, emptoribus pretium non solventibus, retinuit, et apud se habuit : pretium idem rationibus pupilli accepto tulit : ex his aliquot nata sunt : defuncto tutore, heres ejus eamdem tutelam administravit, et animalia annis plurimis possedit. Quæsitum est an, quum is cujus tutela adminis-

(1) Ex eo enim fraus præsumitur, quod tutor non palam sed per interpositam personam emerit.

de son pupille ; mais il peut se les faire vendre par son co-tuteur, si ce dernier a qualité suffisante pour autoriser seul. Il n'y a pas de doute à cet égard ».

Toutes ces stipulations contractuelles ne sont cependant confirmées qu'autant qu'elles ont été faites de bonne foi ; « car si une pareille vente était frauduleuse, elle serait nulle, et le tuteur acquéreur n'en pourrait pas acquérir l'usucapion : mais si le pupille la confirmait après sa majorité, elle conserverait tout son effet ».

XIV. « Si le tuteur faisait acquérir les biens de son pupille par une personne interposée (1), la vente en serait nulle, parce qu'elle serait censée frauduleuse. Ainsi le dit le rescrit de Sévère et d'Antonin ».

Il en sera ainsi, surtout pour les ventes d'immeubles. En effet, « quoique le prédécesseur du président eût décrété la vente de ceux que le tuteur aurait acquis sous un nom emprunté, s'il découvrait qu'il eût abusé par dol ou mauvaise foi de l'autorité que lui donnait le sénatus-consulte, il prendrait cet abus pour l'exemple ».

A la vérité, la vente des biens pupillaires faite au tuteur sous un nom emprunté, est nulle.

« Mais s'il a acheté publiquement, et a donné de bonne foi un nom emprunté, comme font beaucoup de personnes distinguées qui répugnent à voir figurer leurs noms dans les actes de ventes publiques, la vente sera valable : si cependant il l'eût fait par astuce, ce serait comme s'il eût fait acheter par une personne interposée ».

Et surtout « il est décidé que les tuteurs à qui on n'a pas décerné l'administration des biens du pupille, peuvent les acheter comme tout étranger ».

XV. Ce qu'on vient de dire est relatif au cas où le tuteur a acquis quelque chose du pupille, autorisé par son co-tuteur, ou a contracté avec lui ; mais un tuteur peut quelquefois acquérir de son pupille sans qu'il soit autorisé par son co-tuteur : par exemple, « si le créancier du pupille fait vendre ses biens, le tuteur peut les acheter de bonne foi ».

Il en est de même dans l'espèce suivante. « Un tuteur a fait vendre les meubles et bestiaux de son pupille. Quelques-uns des acheteurs ne payant pas des animaux qu'ils avaient achetés, le tuteur les a retenus, et en a porté le prix dans ses comptes. Ces animaux se sont reproduits par le croît. Ce tuteur étant mort, son héritier lui a succédé dans l'administration de la tutelle, et a pos-

(1) Car la mauvaise foi s'induit de ce que le tuteur n'a pas acheté lui-même, mais par l'intervention d'un tiers.

trata est, annis viginti-quatuor esset, jure animalia vindicaret? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, pupillum ea vindicare (1) non posse ». *l.* 56. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Scæv. *lib.* 4. *digest.*

XVI. Potest etiam tutor sibi solvere, ut in specie sequenti: « Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans, nequaquam accepisti possesionem : dixi, tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem ». *l.* 78. §. 1. *ff.* 18. 1. *de contrah. empt.* Lab.. *lib.* 4. *posterior, a Javol. epit.*

« Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus, lib. 8 digestorum, scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare, sibi mutuam proscribendo ». *l.* 9. §. 7. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

ARTICULUS IV.

De forma interponendæ auctoritatis.

XVII. Auctoritas tutoris, quum sit actus legitimus, certa forma debet interponi; et in eo differt a consensu quem curatores adultis suis præbent.

Quare « nulla differentia est, non interveniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 24. *ad Sab.*

Ut autem utiliter adhibeatur, hæc concurrere debent.

XVIII. 1°. Oportet ut sponte auctoritatem interponat tutor, et intelligat quid negotii agatur.

Igitur « tutor, si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur. Neque enim præsentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitialis (2) occupatus tacuisset ». *l.* 1. Ulp. *lib.* 21. *ad Sab.*

Enimvero « non multum interest abfuerit tutor quum negotium contraheretur, an præsens ignoraverit quale esset quod contrahebatur ». *l.* 14. Jul. *lib.* 31. *dig.*

---

(1) Tutor enim, qui eas res ex tutelæ officio vendidit, potuit, emptore non solvente, ipse eas res sibi acquirere, pretium quod emptor non solvit, inferendo rationibus pupilli.

(2) *Epilepsie.* Morbus ille ita dictus est, quod si quis eo corriperetur, quasi nefasto omine solverentur comitia, ut liquet ex his versibus Sereni-Sammonici (sub Severo et Caracalla, medici insignis) in suo quem *de medecina* scripsit poemate :

Est subiti species morbi, cui nomen ab illo
Quod fieri nobis suffragia justa recusat, etc.

Is est moribus qui etiam dicitur *sacer* aut *major*; vel *herculeus*, quod eo Hercules laborasse fertur.

sédé le croît de ces mêmes animaux pendant plusieurs années. On a demandé si le pupille ayant alors vingt-quatre ans, pouvait les revendiquer. J'ai répondu que d'après l'exposé il n'avait pas cette faculté (1) ».

XVI. Un tuteur peut aussi se payer lui-même, comme dans l'espèce suivante. « Vous aviez acheté un fonds de terre du père de celui dont vous avez géré la tutelle, sans en avoir cependant été mis en possession. J'ai répondu que vous pouviez en entrer en possession, et en déposséder votre pupille et sa famille ».

« Non-seulement un tuteur peut se payer lui-même, mais encore il peut se porter débiteur des sommes qu'on lui a prêtées, comme le dit Marcellus, et s'obliger pour ces sommes ».

ARTICLE IV.

De la forme de l'autorisation à donner par le tuteur.

XVII. L'autorisation du tuteur étant un acte légitime, doit avoir une forme certaine; en quoi elle diffère du consentement à donner par les curateurs à leurs mineurs.

C'est pourquoi « si un tuteur prête irrégulièrement ou illégalement son autorisation à son pupille, c'est absolument comme s'il ne l'autorisait pas ».

Mais pour qu'un tuteur autorise utilement son pupille, il faut le concours de deux choses.

XVIII. 1°. Il faut qu'il le fasse volontairement, et qu'il sache pour quelle affaire.

Or donc, « si un tuteur avait été forcé à donner son autorisation, elle serait nulle, parce qu'il ne suffit pas qu'il soit présent de corps, non plus que s'il dormait ou était tombé en épilepsie (2) ».

En effet, « il est à-peu-près égal que le tuteur n'ait pas été présent lorsque son pupille contractait, ou que, présent, il l'ait ignoré ».

---

(1) Parce que le tuteur qui les avait vendus comme tels, pouvait les acquérir lui-même à défaut de paiement de la part de l'acheteur, en en portant le prix dans ses comptes.

(2) *Epilepsie.* Cette maladie a été ainsi appelée, parce que quand quelqu'un en était attaqué, les comices étaient dissous comme par un présage sinistre, ainsi qu'on le voit clairement par ces vers de Sammonicus, célèbre médecin sous Sévère et Caracalla, dans son poème sur la médecine. « C'est » une espèce de maladie qui tire son nom de ce qu'elle empêche d'espérer » d'heureux présages ». C'est une maladie qu'on appelle aussi sacré et herculienne, parce que Hercule y était, dit-on, sujet.

« Quum autem ad substantiam auctoritatis requiratur ut sponte interponatur, hinc sequitur quod « si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum prætor cogere : primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo ; auctoritatem eum præstare (1); deinde etsi expedit, tutelæ judicio pupillus hanc jacturam consequitur ». *l.* 17. Paul. *lib.* 6. *ad ed.*

XIX. 2°. « Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri : post tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit ». *l.* 9. §. 5. Gaius, *lib.* 12. *ad ed. prov.*

Præsens autem pupillo esse debet, non diversæ parti. Igitur « etiamsi non exaudiat tutoris auctoritatem is qui cum pupillo contrahit, scriptis tamen hoc approbetur, recte negotium geritur : veluti si absenti pupillo, per epistolam vendam aliquid, aut locem, et is tutoris auctoritate consentiat ». *d. l.* 9. §. 6.

XX. Denique oportet 3°. ut pure auctoritas interponatur.

Et quidem, « etsi conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri (2) : nam auctoritas non conditionaliter, sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur ». *l.* 8. Ulp. *lib.* 48. *ad Sab.*

XXI. Cæterum, modo hæc quæ diximus concurrant : « Etiamsi non interrogatus (3) tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, *quum se probare dicit id quod agitur* : hoc est enim auctorem fieri ». *l.* 3. Paul. *lib.* 8. *ad Sab.*

Non requiritur etiam ad formam auctoritatis, ut tutor subscribat instrumento.

Unde Scævola : « Inter pupillos paternæ hereditatis divisio facta est præsente tutore, sed non adsignante instrumento divisionis. Quæsitum est an ei stari oporteret? Respondit : si tutor auctor fuisset, non idcirco minus standum esse divisioni quod non assignasset ». *l.* 20. Scæv. *lib.* 10. *digest.*

Denique non requiritur ut quicquam loquatur pupillus cui tutor auctoritatem suam præbet.

---

(1) Legis sensus est : vel pupillo expedit auctoritatem præstari, vel non : si ei non expedit, evidenter iniquum est cogere tutorem ut ei auctoritatem præstet, quum auctoritas tutorum ad utilitatem pupillorum ordinata sit. Si pupillo expediebat, etiam eo casu non debet cogi tutor : alio enim remedio consulitur pupillo per actionem *tutelæ*, qua consequitur a tutore quanti sua interest, tutorem ipsi auctoritatem suam, quum expediebat, non præstitisse.

(2) Nam *actus legitimi* regulariter diem et conditionem non recipiunt.

(3) In usu erat ut tutor interrogaretur *an auctor huic rei esset* : sed hæc interrogatio non erat absolute necessaria.

Et comme il est de l'essence de l'autorisation du tuteur de la donner volontairement, il s'ensuit que « si un tuteur ne veut pas autoriser son pupille, le préteur ne doit pas l'y forcer, premièrement parce que ce serait une injustice dans le cas où la chose pouvait préjudicier au pupille (1), et que, dans le cas contraire, il aurait l'action de la tutelle pour s'en faire indemniser ».

XIX. 2°. « Le tuteur doit être présent au moment où se fait l'affaire; et s'il y autorisait son pupille après qu'elle aurait été faite par écrit ou autrement, son autorisation serait nulle ».

Il doit également accompagner son pupille, et non la personne avec laquelle il contracte. C'est pourquoi, « encore bien que celui avec lequel le pupille contracte, n'ait pas entendu l'autorisation du tuteur, il suffit que ce dernier ait ratifié le contrat par écrit, comme, par exemple, si je vendais ou louais, par lettre, quelque chose à un pupille absent, et que le pupille acceptât cette vente ou cette location, avec l'autorisation de son tuteur ».

XX. 3°. Il faut enfin que l'autorisation soit pure et simple.

Et même « si l'on passait un contrat conditionnel avec un pupille, son tuteur devrait l'y autoriser purement et simplement (2), parce qu'il faut une autorisation pure et simple pour qu'un contrat pur et simple soit valide ».

XXI. Au reste, pourvu que les choses dont nous venons de parler concourent, l'autorisation du tuteur ne serait pas moins valide, lors même qu'on ne la lui aurait pas demandée (3); il suffit qu'il ait dit qu'il approuvait l'affaire dont il s'agissait, parce que dire qu'il l'approuvait, c'était autoriser son pupille à la faire ».

Il n'est pas nécessaire non plus que le tuteur signe le contrat de son pupille.

C'est pourquoi Scævola dit : « Des pupilles ont partagé la succession de leur père en présence de leur tuteur; mais celui-ci n'a point signé l'acte. On a demandé si cet acte était valide. J'ai répondu que si le tuteur l'avait autorisé, il n'était pas moins valide, encore qu'il ne l'eût pas signé ».

Enfin, il n'est pas nécessaire que le pupille parle pour que son tuteur l'autorise validement.

---

(1) Le sens de la loi est que l'affaire est préjudiciable ou avantageuse au pupille; que dans le premier cas il serait injuste de forcer son tuteur à l'autoriser, puisqu'il ne le peut que pour son avantage; et que dans le second, cela serait encore injuste, puisqu'on a donné l'action de la tutelle au pupille pour se faire indemniser par son tuteur de ce qu'il lui aurait refusé son autorisation pour une affaire avantageuse.

(2) Parce que les actes légitimes n'admettent ni condition ni terme en règle générale.

(3) Il était d'usage de demander au tuteur s'il autorisait la chose dont il s'agissait; ce qui, cependant, n'était pas absolument nécessaire.

Hinc « impuberes, tutore auctore, obligantur, etiamsi taceant: nam quum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. Quare et si non debita pecunia his personis soluta fuerit; quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit ut condictione teneantur ». *l.* 13. Jul. *lib.* 21. *dig.*

Articulus V.

De consensu curatorum.

XXII. Curatores his quæ adultis geruntur, non auctoritatem (quod solis tutoribus proprium est), sed *consensum* duntaxat interponunt.

Is consensus quum non sit actus legitimus, nil vetat quominus etiam ex intervallo possit adhiberi.

Quod autem gestum est ab adultis sine curatoris consensu, non ipso jure nullum, sed duntaxat rescindendum esse vulgo existimant.

TITULUS IX.

Quando, ex facto tutoris vel curatoris, minores agere vel conveniri possunt.

Supra vidimus, tit. VII, pertinere ad administrationem tutelæ vel curæ, ut tutores et curatores pro pupillis adultisque suis agant, defendant, aliaque nonnulla gerant. Proximum est ut videamus an ex eo tutorum curatorumve facto, actio aliqua pupillis, adultisve, aut in eos nasci possit.

Articulus I.

Quando, ex facto tutoris, minores agere possunt?

I. Quum per liberam personam acquiri actio alicui non possit, hinc « per tutorem pupillo actio, nisi certis ex causis quæri non potest ». *l.* 5. *cod. h. tit.* 5. 39. Dioclet. et Maxim.

Et quidem ex his causis non directa actio pupillo quæritur, obstante juris regula, sed utilis.

Exemplum hujus actionis afferunt iidem imperatores, Dioclet. et Maxim. : « Si hi, qui te in pupillari ætate constituta tutores fuerint, postea in administratione perseverantes, vel curatores constituti, tua prædia locaverint, eos competenter conveni : sed et ex eorum contractu utilis tibi quæri potest contra successores conductoris actio ». *l.* 4. *cod.* 5. 39. *h. tit.*

II. Item, « si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, utilis actio ei cujus pecunia fuit, datur ad rem vin-

C'est pourquoi « les impubères s'obligent par l'autorisation de leurs tuteurs sans parler; car lorsqu'ils ont emprunté de l'argent, encore qu'ils n'aient rien dit, ils en seront tenus comme y ayant été autorisés par leurs tuteurs; et c'est pourquoi, si on leur a payé ce qu'on ne leur devait pas, l'action a lieu contre eux par suite de l'autorisation de leurs tuteurs, nonobstant leur silence ».

ARTICLE V.

Du consentement des curateurs.

XXII. Les curateurs donnent aux adultes, non pas leur autorisation, ce qui n'appartient qu'aux tuteurs, mais leur consentement, pour les affaires qu'ils ont à faire.

Ce consentement n'étant pas un acte légitime, rien n'empêche qu'il ne soit donné après un certain tems.

Et ce que l'adulte a fait sans le consentement de son curateur, n'est pas nul de droit, mais seulement susceptible de rescision.

TITRE IX.

Quand les mineurs peuvent actionner eux-mêmes, ou être actionnés pour le fait de leurs tuteurs ou curateurs.

NOUS avons vu ci-dessus, titre VII, que l'administration de la tutelle ou de la curatelle consistait à agir pour les pupilles et les adultes, à les défendre et à gérer leurs affaires. C'est donc ici le cas d'examiner si le fait du tuteur ou curateur donne lieu à quelque action pour ou contre lui.

ARTICLE I.

Quand les mineurs ont action pour le fait de leurs tuteurs.

I. Personne ne pouvant acquérir une action par le fait d'une personne libre, « un pupille ne peut pas acquérir une action par le fait de son tuteur, certains cas seulement exceptés ».

Et même, dans ces cas, il n'acquiert pas des actions directes, la règle du droit s'y opposant, mais seulement des actions utiles.

Les mêmes empereurs Dioclétien et Maximien en donnent un exemple. « Vous pouvez actionner devant le juge compétent ceux qui ayant été vos tuteurs avant votre puberté, ont continué d'administrer vos biens, ou qui ayant été vos curateurs, ont loué vos biens; vous avez même une action utile en vertu de leur contrat, contre les successeurs du fermier ».

II. Et « si un tuteur ou curateur ayant prêté des sommes qui appartenaient à leur pupille ou à leur mineur, ou en ayant acheté des immeubles, a stipulé en son nom propre, le pupille ou le mi-

dicandam, vel mutuam pecuniam exigendam ». *l.* 2. Ulp. *lib.* 1. opinion.

Consonat quod alibi dicitur : « Quoties tutor pecuniam pupillarem fœnori dat, stipulatio hoc ordine facienda est : stipulari enim debet aut pupillus, aut servus pupilli (1). Quod si neque pupillus ejus ætatis erit ut stipulari possit, neque servum habebit; tunc ipse tutor, quive in ejus (2) potestate erit : quo casu Julianus sæpissimæ scripsit, utilem actionem pupillo dandam : sed, etsi absens sit, oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est ». *l.* 9. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Ulp. *lib.* 36. *ad ed.*

III. Item ex judicato acquiritur utilis actio pupillo per tutorem; nec solum per tutorem, sed et per eum quem tutor actorem constituerit.

Unde Papinianus : « Tutor, interposito decreto prætoris, actorem (3) reliquit : secundum eum sententia dicta, judicati transfertur ad pupillum actio, non minus quam si tutor obtinuisset ». *l.* 6. *lib.* 2. *definit.*

Articulus II.

Quando ex facto tutoris minor possit conveniri?

IV. Quemadmodum in judiciis, judicati actio pupillo aut adulto, non vero tutori aut curatori qui nomine ejus expertus est, datur, ita et adversus pupillum aut adultum datur, non adversus tutorem, aut curatorem.

Hinc ita recribit Antoninus : « Juliana, cujus tibi curatores condemnati sunt, si vigesimum-quintum annum ætatis egressa est, actio judicati utilis adversus ipsam, bonaque ejus tibi exercenda est. Nam tutores, curatoresque finito officio, non esse conveniendos ex administratione pupillorum vel adolescentium, sæpe decretum est ». *l.* 1. *cod. h. t.* 5. 39.

Item Scævola : « Tutori, qui infantem defendit, succurritur, ut in pupillum judicati actio detur ». *l.* 7. *lib.* 13. quæst.

Similiter Papinianus : « Post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, judicati actio; non magis quam in tutores (4) : si modo nullam ex consensu (post depositum offi-

(1) Et tunc pupillus directam actionem acquirit; quia per eos quos in potestate habemus, acquirimus.

(2) Tutoris.

(3) De quo vid. supra, *lib.* 26. *tit.* 5. *de tut. et curat. dat. n.* 26 *et seqq.*

(4) Hic reponenda esse verba infra scripta *post depositum officium* recte monet Cujacius *observ.* 20. 39. Quod autem hic dicitur, in tutorem, curatoremve, deposito officio, actionem *judicati* non dari, secus obtinet in de-

neur auront une action utile pour revendiquer les immeubles, ou poursuivre le remboursement des sommes prêtées ».

Ce qui s'accorde avec ce qu'on a dit ailleurs, que « toutes les fois qu'un tuteur prête ou place à intérêts des deniers de son pupille, il faut que le pupille stipule lui-même, ou que son esclave stipule pour lui (1); et si le pupille n'est pas d'âge à stipuler lui-même, et n'a point d'esclaves, alors le tuteur lui-même peut stipuler ou faire stipuler un individu qui soit sous sa puissance (2); auquel cas Julien a souvent dit qu'on devait donner une action utile au pupille : mais si celui-ci est absent, il est hors de doute que son tuteur doit stipuler en son nom ».

III. Le tuteur acquiert aussi une action utile à son pupille par la chose jugée, et il en est de même de celui qu'il a constitué demandeur.

C'est pourquoi Papinien dit que « si un tuteur a fait constituer par le préteur un individu pour intenter une action (3), celui-ci ayant obtenu un jugement favorable, transmet l'action de la chose jugée au pupille, comme si c'eût été le tuteur ».

Article II.

Quand le pupille peut être actionné pour le fait de son tuteur.

IV. Comme l'action de la chose jugée est donnée au pupille ou au mineur, et non au tuteur ou curateur qui ont agi en leur nom, de même on la donne pareillement contre eux, et non contre leur tuteur ou curateur.

C'est pourquoi Antonin dit dans un rescrit : « Si Juliana, dont les curateurs ont été condamnés à vous payer une somme, a atteint sa vingt-cinquième année, vous avez l'action utile de la chose jugée contre elle et ses biens ; car il a été souvent décrété que les tuteurs et les curateurs ne pouvaient plus être actionnés à raison de l'administration des biens de leurs pupilles ou mineurs, du moment qu'ils avaient cessé d'administrer ».

Scævola dit aussi « qu'on vient au secours du tuteur qui défend un enfant, en lui donnant l'action de la chose jugée contre le pupille ».

Papinien dit également « qu'on n'accordera pas l'action de la chose jugée contre le curateur d'un fou après sa mort, non plus que contre ses tuteurs (4), à moins que, depuis qu'ils avaient

(1) Alors le pupille acquiert l'action directe, parce que nous l'acquérons par ceux qui sont sous notre puissance.

(2) Du tuteur.

(3) Sur quoi voy. ci-dessus *tit. de tut. et curat. dat. n.* 29.

(4) Cujas avertit que c'est ici la place des mots *post depositum officium*. Quant à ce qui est dit dans cet endroit, que l'action de la chose jugée ne se donne plus contre ce tuteur ou curateur dont la gestion est finie, il n'en est

cium) novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit ». *l.* 5. *lib.* 5. resp.

Consonat Ulp. : « Sive tutor condemnavit (1), sive ipse condemnandus est, pupillo et in pupillum potius actio judicati datur, et maxime si ideo se liti obtulit, quod non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam, auctor ei esse ad accipiendum judicium : et hoc etiam divus Pius rescripsit : et exinde multis rescriptis declaratum est, in pupillum dandam actionem judicati semper tutore condemnato : nisi abstineatur (2); tunc enim, nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda esse, sæpe rescriptum est ». *l.* 2. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tutor.* Ulp. *lib.* 9. *ad ed.*

« Amplius Marcellus, libro 21 Digestorum, scribit : Etsi satisdedit (3) tutor, mox abstinuit pupillus, fidejussoribus quoque ejus debere subveniri : sed etsi pupillus non abstinuit, quemadmodum ipsi (4), ita et fidejussoribus ejus sudveniri; maxime si pro absente pupillo, vel pro infante satisdedit». *d. l.* 2. §. 1.

Hactenus de judiciis.

V. Similiter quum tutor aut curator aliquid pupilli aut adulti nomine accepit aut cavit, actio utilis datur in minorem.

Hinc, «si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, Papinianus, libro 3 Responsorum, ait dari in eum, cujus tutela gesta sit, utilem actionem : sed adjicit, in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum est : sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus? Quod magis puto : neque enim male contrahitur cum tutoribus ». *l.* 4. §. 1. *ff.* 21. 2. *de evict.* Ulp. *lib.* 32. *ad ed.*

Item Gordianus rescribit : « Si in rem minoris pecunia profecta sit, quæ curatori vel tutori ejus nomine minoris mutuo data est; merito personalis in eumdem minorem actio danda est ». *l.* 3. *cod. h. t.* 5. 39.

VI. In tutorem autem non datur actio. Hinc « tutor qui pecuniam se soluturum cavit (in) quam pater pupilli condemnatus fue-

---

fensore. Ratio differentiæ est, quod magis parcendum sit his qui non sponte, sed necessitate officii negotiis alienis se miscuerunt.

(1) Id est, obtinuit.

(2) Id est, nisi pupillus abstineat postea se hereditate parentum, erga quorum creditores tutor ejus est condemnatus.

(3) *Judicatum solvi.*

(4) Tutori.

cessé de l'être, ils n'aient fait quelque novation par laquelle il soit constaté qu'ils ont contracté de nouvelles obligations ».

Ce qui s'accorde avec ce que dit Ulpien, que « si un tuteur a (1) obtenu gain de cause ou perdu son procès, on accorde l'action de la chose jugée au pupille ou contre le pupille, surtout si ce tuteur ne s'est pas engagé spontanément dans l'affaire, et surtout dans le cas où il n'avait pas pu autoriser son pupille à accepter le jugement, à cause de son absence ou de son âge. Antonin-le-Pieux dit aussi dans un rescrit, et après lui plusieurs de ses successeurs, qu'on donne toujours l'action de la chose jugée contre le pupille du tuteur condamné, à moins que le pupille n'ait renoncé à la succession de ses parens (2), parce qu'alors on ne l'accorde ni contre le tuteur ni contre le pupille, et qu'on ne retient pas les gages du tuteur, selon plusieurs rescrits ».

« Marcellus dit de plus, que si le tuteur a donné caution (3), et que le pupille renonce ensuite à la succession, on doit également venir aux secours de ses garans; mais que, dans le cas contraire, on doit prêter appui aux garans du tuteur, comme à lui (4), surtout s'il a cautionné un pupille absent ou enfant ».

Jusqu'ici on a parlé des actions.

V. On donne pareillement une action contre le mineur; lorsque son tuteur ou curateur a reçu ou s'est fait promettre quelque chose en son nom.

C'est pourquoi « Papinien dit, que si un tuteur a vendu au nom d'un impubère une chose dont l'acquéreur a été évincé, on accorde une action utile contre l'impubère; mais il ajoute *seulement pour ce dont il a reçu quittance par son compte.* On demande si c'est pour la somme entière, dans le cas où ce tuteur est insolvable. Je pense qu'il en est ainsi, parce qu'on contracte régulièrement avec les tuteurs ».

Gordien dit aussi dans un rescrit que, « si l'argent prêté à un tuteur ou curateur, au nom de son pupille ou mineur, a été employé dans les affaires de ce dernier, c'est avec raison qu'on donne une action personnelle contre lui ».

VI. Mais on n'accorde pas d'action contre le tuteur. C'est pourquoi « le tuteur qui a promis de payer une somme à laquelle le père de son pupille avait été condamné, repousse régu-

---

pas ainsi d'un défenseur. La raison de disparité est qu'on a plus d'indulgence pour celui qui a fait les affaires d'autrui par nécessité, que pour ceux qui s'y ingerent volontairement et d'eux-mêmes.

(1) C'est-à-dire, a gagné son procès.

(2) C'est-à-dire, à moins que le pupille ne renonce ensuite à la succession de ses parens, contre les créanciers desquels son tuteur a été condamné.

(3) De la chose jugée.

(4) Comme on le prêterait au tuteur lui-même.

rat, actionem post tutelam finitam recte recusat ». *l.* 5. §. 1. Pap. *lib.* 5. resp.

Hæc ita, quum tutorio duntaxat nomine contraxit : secus si proprio, quamvis in rem pupilli. Hinc statim subjicitur : « Non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit, et judicatum pro pupillo fecit : nisi forte creditor ideo contraxit, ut in (1) causam judicati pecunia transiret ». *d.* §. 1.

Et quidem quum suo nomine contraxit, tenetur tutor, quamvis in pupillaria negotia pecuniam acciperet. Hinc Papinianus : « Adversus tutorem qui pupillum hereditate patris abstinuit, actionem denegari non oportet creditori qui cum ipso tutore contraxit, quamvis tutor pecuniam in rem impuberis (2) verteret ». *l.* 39. §. 4. *ff.* 26. 7. *de admin. et peric. tut.* Papinian. *lib.* 5. respons.

Quamvis autem curator qui negotium adolescentis gerens suo nomine promittit, ipse obligetur quemadmodum in tutore dicimus; tamen aliquando ei subvenitur, ut in specie quam ita proponit Paulus : « Quidam quum esset fratris sui filiæ curator (3), quadringinta dotis nomine marito ejus se daturum promisit. Quæro an succurrendum sit ei, quum, postea ære alieno emergente, supra vires patrimonii ejus dos promissa sit : quoniam in instrumento ita scriptum sit, *ille patruus et curator stipulanti spopondit* (4)? Movet quæstionem quod, non ut de suo dotem daret, sed, quum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. Præterea et illud hic potest tractari, ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur, vel quoniam (5) dolo fecit, non illi succurratur : respondi : Curator quum officium suum egressus (6) sponte se obligaverit, non puto ei a prætore subveniri debere; non magis quam si creditori puellæ pecuniam se daturum spo-

(1) Id est, eo animo ut non tutorem, sed pupillum sibi obligaret, succederetque ei qui ex causa judicati erat creditor pupilli.

(2) Scilicet in negotia hereditatis a qua postea pupillum abstinuit. Quapropter quum in rem pupilli versum non duraverit, non tenetur pupillus : tenetur autem creditor qui suo nomine contraxit, quamvis in pupilli negotia. Ita Cujacius.

(3) Paulus sane scripserat *tutor :* sed quum tutela fœminarum adultarum temporibus Justiniani exolevisset, Tribonianus substituit *curator.*

(4) Quæ verba demonstrant (ut Cujacius ad *h. l.* observat) eum suo nomine promisisse.

(5) Sensus est, vel si donandi quidem animum non habuit, sed saltem habuit animum decipiendi mariti, quo casu ei pariter non debet succurri.

(6) *Officium suum egreditur*, is qui, quum ex officio teneretur duntaxat præbere suam auctoritatem puellæ dotem promittenti, ipse vult dotem promittere.

lièrement l'action intentée contre lui depuis qu'il était libéré de la tutelle ».

Il en est ainsi quand il a contracté comme tuteur; mais il en est autrement quand il a contracté en son nom personnel, encore que ce fût pour les affaires de son pupille. C'est pourquoi on ajoute immédiatement : « Il a été décidé qu'il en était autrement, de celui qui avait emprunté en son nom personnel, et avait exécuté le jugement pour son pupille, à moins que le prêteur n'eût contracté pour cet objet (1) ».

Et même un tuteur est tenu des contrats passés en son nom, bien qu'il ait contracté pour les affaires de son pupille. C'est ce qui fait dire à Papinien que « l'on ne peut pas refuser d'action au créancier qui a traité avec le tuteur qui a fait renoncer son pupille à la succession paternelle, nonobstant l'emploi qu'il a fait des deniers dans les affaires de ce même pupille (2) ».

Mais quoiqu'un curateur qui, en gérant les affaires d'un mineur, s'est obligé en son nom personnel, en soit tenu, comme on a dit que le serait le tuteur; cependant on vient quelquefois à son secours, comme dans l'espèce ci-après, posée par Paul. « Un individu qui était curateur de la fille de son fils (3), avait promis à son mari de lui donner une somme à titre de dot. On a demandé si on devait lui prêter secours dans le cas où une dette imprévue aurait mis la succession hors d'état de payer la somme promise, parce qu'il était dit dans l'acte que l'oncle aussi curateur s'était porté garant envers le stipulant de la dot promise (4) : or, le doute auquel donnait lieu la question, résultait de ce qu'il n'était pas dit qu'il payerait de ses propres deniers, et qu'il croyait que la succession serait suffisante. On peut aussi dire à cet égard que si le curateur avait promis, sachant que la succession serait insuffisante, il était censé avoir fait une donation; ou qu'ayant promis de mauvaise foi (5), on ne devait pas venir à son secours. J'ai répondu que le curateur ayant dépassé les bornes de ses fonctions (6),

(1) C'est-à-dire, dans l'intention d'obliger le pupille et non le tuteur, et de succéder à celui qui est créancier en vertu de la chose jugée.

(2) C'est-à-dire, dans les affaires de la succession à laquelle il a ensuite fait renoncer le pupille; cas auquel les deniers cessent d'être employés dans ses affaires, et lui d'en être tenu; et c'est le créancier qui a contracté en son nom personnel, bien qu'il ait stipulé dans l'intérêt du pupille. Ainsi pense Cujas.

(3) Paul avait certainement dit *tutor;* mais les femmes adultes ayant cessé de rester en tutelle du tems de Justinien, Tribonien y substitua *curator*.

(4) Lesquelles expressions démontrent, comme l'observe Cujas sur cette loi, qu'il avait promis en son nom.

(5) Le sens est que s'il n'a pas eu l'intention de faire une donation, mais seulement de tromper le mari, on ne doit pas lui prêter secours.

(6) Un tuteur qui ne devait qu'autoriser sa pupille à promettre une dot, et qui la promet lui-même, sort des bornes de son devoir.

pondisset. Sed (1) is de quo tractamus, si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam. Et poterit dici etiam, manente matrimonio, eam teneri, quia habet dotem; sicut in collatione (2) bonorum dicitur, vel certe post divortium, sive exacta sit dos, sive maneat nomen; quia potest efficere ut ei accepto feratur. Quod si mulier suum curatorem adimplere (3) id quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promisit, non queat: curatorem quidem in hoc quod superfluum est, per exceptionem relevari (4). Mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod si quandoque locupletior, constante matrimonio, facta fuerit, dotis reliquum marito servat (5)». *l.* 43. §. 1. *ff.* 26. 7. *de administr. et peric. tutor.* Paul. *lib.* 7. quæst.

VII. Notandum, tutore suo et pupilli nomine cavere præsumi, quum in negotio, quod cum pupillo commune habet, aliquid cavet. Hinc Scævola: « Tutor qui et coheres pupillo erat, quum conveniretur fideicommissi nomine in solidum, ipse cavit. Quæsitum est an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio? Respondit, dandam ». *l.* 8. Scæv. *lib.* 5. resp.

Idem alibi: « Tutor, qui et coheres pupilli erat, absente pupillo, quum admonuerunt eum legatarii, fideicommissi nomine in solidum ipse cavit. Quæsitum est an in pupillum adultum factum, danda sit utilis actio? Respondit, dandam ». *l.* 18. *ff.* 36. 3. *ut legat. nom. cav.* Scæv. *lib.* 29. dig.

VIII. An autem non solum quum ex fide, sed et quum dolo tutor egit tutorio nomine, actio in pupillum dari potest? Ait

---

(1) Quod modo dixit, regulariter obtinere debet. An autem in hac singulari specie quæ proponitur, promissori propter errorem in quo fuit, succurri debeat, jam disceptatur? Certe autem ita demum adversus maritum cui se obligavit, ei succurri debet, si non possit sibi prospicere adversus mulierem cujus negotium gessit. Videndum igitur an sibi possit adversus eam prospicere: et certe habet adversus eam, *negotiorum gestorum* actionem.

(2) Mulier ex hoc negotio sui tutoris seu curatoris, etiam manente matrimonio, locupletior videri debet. Etsi enim dos marito, non ipsi debeatur; tamen et ipsa videtur habere dotem. Et hoc probatur argumento ducto ab eo quod observatur in collationibus bonorum. Mulier, etiam manente matrimonio, confert suis coheredibus dotem quam accepit a patre: ergo eam habere videtur etiam manente matrimonio. Quod si mulier dotem habere videtur, et est locupletior; ergo tenetur creditori *negotiorum gestorum* actione.

(3) Id est, exsolvere suo curatori.

(4) Adversus maritum qui eum ex ipsius promissione conveniret.

(5) Cujacius censet legendum *solvet.*

et s'étant volontairement obligé, je pensais que le préteur ne devait pas plus venir à son secours, que s'il eût promis à un créancier de sa pupille de le payer; mais (1) que si le curateur dont il s'agit n'a pas eu l'intention de faire une donation, et seulement de faire l'affaire de sa pupille, elle serait obligée envers lui, même durant le mariage, parce qu'elle avait la dot; comme dans le cas où il y aurait lieu à rapporter à la masse (2); ou même après le divorce, soit que sa dot eût été ou n'eût pas été payée, elle y serait tenue, parce qu'il pourrait arriver qu'on en donnât quittance. Mais si la femme ne peut pas payer (3) à son curateur ce qu'il a promis de trop à titre de dot, on doit en décharger ce curateur par une exception (4), et la femme doit s'obliger envers son mari à l'en indemniser, en cas que sa dot augmente durant le mariage (5) ».

VII. Il faut observer que le tuteur est présumé s'obliger en son nom et au nom de son pupille, quand il contracte sur une affaire qui lui est commune avec son pupille. C'est pourquoi Scævola dit : « Un tuteur qui était cohéritier de son pupille, étant actionné en vertu d'un fidéicommis, s'obligea lui-même pour le tout. On demanda s'il fallait donner une action utile à ce tuteur contre son pupille devenu adulte. Je répondis qu'on devait la lui accorder pour la portion du pupille ».

Il dit la même chose ailleurs. « Un tuteur cohéritier de son pupille qui était absent, ayant été actionné par les légataires en vertu du fidéicommis, s'engagea solidairement pour lui et pour ce pupille. On demandait s'il fallait lui donner une action utile contre son pupille devenu majeur. Je répondis affirmativement ».

VIII. Mais peut-on encore donner cette action utile contre le pupille, lorsque le tuteur a agi comme tuteur, mais de mauvaise foi? La règle de droit dit à la vérité que « ni dans le cas de l'in-

(1) Ce qu'il vient de dire doit avoir lieu en général; mais a-t-il lieu dans cette espèce particulière où il s'agit de savoir si on doit subvenir à celui qui a promis par erreur? D'abord il est certain que non, s'il peut avoir son recours contre la femme dont il a fait l'affaire. Il faut donc d'abord voir s'il peut avoir recours contre elle, et il a certainement contre elle l'action de la gestion des affaires.

(2) La femme doit être censée plus riche, même durant le mariage, pa cette affaire de son tuteur ou curateur : car bien que la dot soit due à son mari et non à elle, elle n'en a pas moins cette dot : c'est ce qu'on prouve par un argument tiré du cas où il s'agit de rapporter à la masse; cas auquel elle doit, durant le mariage, rapporter la dot reçue de son père à ses cohéritiers : d'où suit qu'elle est censée l'avoir, même durant le mariage, et par conséquent qu'elle en est plus riche; d'où suit encore qu'elle est soumise à l'action de la gestion des affaires envers son curateur.

(3) C'est-à-dire, indemniser son curateur.

(4) Contre son mari qui l'actionnerait en vertu de sa promesse.

(5) Cujas pense qu'il faut lire *solvet*.

quidem juris regula : « *Neque* in interdicto (1), neque in cæteris causis, pupillo nocere oportet dolum tutoris ; sive solvendo est, sive non est ». *l.* 198. *ff.* 50. 17. *de reg. jur.* Javolen. ». *l.* 13. *ex Cassio.*

Tamen, etiam « ob dolum malum, vel culpam tutoris, Aristo ait pupillum possessorem (2) condemnandum ; sed non puto quanti actor in litem juraret (3) : et tamen illud ita est (4), si rem a tutore pupillus servare possit ». *l.* 1. Pompon. *lib.* 29. *ad Sabin.*

Quod si servare non possit, imo et eo casu quo servare potest, ita demum ob dolum tutoris condemnatus est pupillus, nisi malit cedere suas actiones quas adversus tutorem habet, ut ipsum eo nomine indemnem præstet. Et sic nullo casu dolus tutoris ei nocebit. Vid. *l.* 3. §. 1. *ff.* 14. 4. de tribut. act. et *l.* 13. §. 7. *ff.* 1. 19. de act. empt. supra, suis locis.

Illud sane absque dubio est, pupillos, ex dolo tutoris conveniri ipsos posse, quatenus ad ipsos pervenit.

Nam « *dolus tutorum puero neque nocere, neque prodesse debet* : « Quod autem vulgo dicitur, tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, quum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione (5) pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit, scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione ; si modo quod tutoris dolo desit, pupilli rationibus illatum probetur *lib.* 3. Pap. *lib.* 20. quæst.

« At si extrinsecus aliquid tutor dolo admiserit pupillo nihil nocere oportere ». *l.* 4. Ulp. *lib.* 64. *ad ed.*

IX. Hactenus de eo quod circa pupilli negotia tutor gessit. De eo autem tutoris gestu qui ad pupilli negotia non pertinebat, evidens est pupillum non teneri.

---

(1) *quod vi aut clam* : tutor enim qui pupilli nomine, aliquid *vi aut clam* fecit, magis ipse utili interdicto conveniendus est, quam pupillus. Vid. *lib.* 43. *tit.* 24. *ff. quod vi aut clam* : *art.* 3. infra, *lib.* 43.

(2) Finge nomine pupilli qui rem alienam possidebat, tutorem fuisse conventum *rei vindicatione*, et dolo tutoris rem deteriorem effectam esse.

(3) Tenebitur igitur pupillus saltem quanti res est.

(4) Actionem in pupillum dandam.

(5) Finge servum pupilli negotiationem aliquam exercuisse, et domino suo multisque aliis creditoribus debitorem factum : tutorem autem creditoribus iniquam distributionem mercis ad hanc negotiationem pertinentis fecisse.

terdit (1), ni dans aucun autre, le dol du tuteur ne peut préjudicier au pupille, soit que le tuteur ait ou n'ait pas de solvabilité ».

Mais cependant « Ariston dit qu'il faut condamner le pupille pour le dol ou la faute de son tuteur, s'il en possède le fruit (2); mais je ne pense pas qu'il soit tenu de la valeur affirmée par le serment du demandeur (3), à moins cependant qu'il ne pût s'en faire indemniser par son tuteur (4) ».

S'il ne le peut pas, et même quand il le pourrait, il ne devrait encore y être condamné qu'autant qu'il ne préférerait pas de céder ses actions en indemnité contre son tuteur. C'est ainsi que dans aucun cas le dol de son tuteur ne peut préjudicier à ses intérêts ».

Il est certain que le pupille ne peut être actionné pour le dol de son tuteur, qu'autant qu'il en a profité.

Car « le dol des tuteurs ne doit ni nuire ni produire aux pupilles; mais quand on dit que le dol du tuteur ne préjudicie pas à son pupille, ce n'est qu'autant qu'il n'en est pas devenu plus riche. C'est pourquoi Sabinus a eu raison de penser qu'un pupille pouvait être passible de l'action contributoire (5) pour le dol de son tuteur, dans le cas où celui-ci l'aurait favorisé dans ses comptes au préjudice de ses cohériters. Il faut dire la même chose à l'égard du dépôt et de la pétition d'hérédité, s'il est prouvé que le pupille ait profité de ce qui manque à d'autres par le dol de son tuteur ».

« Mais si le tuteur s'est rendu d'ailleurs coupable de quelque autre fraude, il ne pourra pas nuire au pupille.

IX. Jusqu'ici nous avons parlé de ce qu'a fait le tuteur dans les affaires de son pupille; mais ce qu'il a pu faire d'ailleurs étant étranger au pupille, ne peut évidemment pas préjudicier à ce dernier.

---

(1) *Quod vi aut clam.* Parce que le tuteur qui a agi par violence ou clandestinement, doit être actionné lui-même en vertu de l'interdit, et non son pupille. Voy. le titre qui traite *de ce qui est fait avec violence ou clandestinité.*

(2) On suppose que le tuteur a été actionné en revendication d'une chose qu'il possédait injustement au nom de son pupille, et qu'il a frauduleusement détériorée.

(3) Le pupille ne sera donc tenu que de la valeur de la chose.

(4) Car alors il faudrait donner l'action contre le pupille.

(5) Supposons qu'un esclave du pupille ait fait quelques négotiations pour lui; qu'il est resté débiteur tant envers son maître qu'envers plusieurs autres, et que son tuteur a fait une distribution injuste des marchandises qui lui restaient.

Hinc, « tutoris (1) heres impubes filius, ob ea quæ tutor ejus in rebus pupillæ paternæ gessit, non tenetur : sed tutor proprio nomine judicio negotiorum gestorum convenietur ». *l.* 31. §. 5. *ff.* 3. 5. *de negot.* Pap. *lib.* 2. resp.

(1) Species hujus legis est : pater impuberis fuit tutor Titiæ ; mortuo patre impuberis, Mævius impuberi tutor datus est, et hic Mævius immiscuit se negotiis Titiæ. Non tenetur impubes ex hoc facto tutoris sui, quum negotia Titiæ pupillæ patris sui ad ipsum non pertineant, ut puta qui non successerit in tutelam patris sui : tutela enim ad heredem non transit.

FINIS TOMI IX.

C'est pourquoi « le fils impubère du tuteur, qui a été son héritier (1), n'est pas tenu de ce qu'il a fait dans les affaires de la pupille dont il était le tuteur; mais ce tuteur sera passible en son nom personnel de l'action de la gestion des affaires ».

(1) Voici l'espèce de cette loi. Le père d'un impubère a été tuteur de Titia. Après sa mort, Mævius a été tuteur de l'impubère, et s'est immiscé dans les affaires de Titia. L'impubère n'est pas tenu de ce fait de son tuteur, parce que les affaires de Titia, pupille de son père, ne le concernent pas, n'ayant pas succédé à la tutelle de son père, puisque la tutelle n'est pas transmissible à l'héritier.

FIN DU TOME IX.

TABULA

Qua nominatim leges omnes cum suis paragraphis (§.) et versiculis (V.) ordini Digestorum restituuntur.

In qualibet columna, pars prior indicat seriem ordinis legum, et paragraphorum in Digestis; posterior indicat numerum quem, sub unoquoque titulo, dictæ leges occupant in hoc opere.

LIBER VIGESIMUS-TERTIUS.

TITULUS IV.

De pactis dotalibus.

LEX Pacisci post nupt. 1... *h. tit. N.* 1
§. Pacta quæ de. 13
L. Si convenerit ut quoquom. 2. 2
L. Pacta conventa. 3. 25
L. Si convenerit ut fructus. 4. 9
L. Illud convenire non. 5. 12
§. 1. Ac ne illa quidem. *ibid.*
§. 2. Et si convenerit ne. 9
L. Pomponius ait. 6. 5
L. Quum dos filiæ. 7. 13
V. si vero filia. 16
L. Quotiens patre furente. 8. *ibid.*
L. Si ita conveniat. 9... part. 1. art 3. in tit. *de verb. oblig.*
L. Avus pactus est. 10... *n.* 19. in tit. *de pactis.*
L. Quum pater dotem. 11. 23
L. Si pater dotem. 12. 27
§. 1. Ex pactis conventis. 1
§. 2. Si mulier pacta sit... part. 2. sect. 2. §. fin. in tit. *de verb. oblig.*
§. 3. Si fundo æstimato. 31
§. 4. Si pacta sit mulier. *ibid.*
L. Item si non. 13 *ibid.*
L. De die reddendæ. 14. 4
L. Id est ut. 15. *ibid.*
L. Ut autem longiore. 16. *ibid.*
L. Atilicinus Proculo. 17. *ibid.*
L. Licet manente. 18. *ibid.*
L. Aliud est si. 19. *ibid.*
L. Ob res quoque. 20. 12
§. 1. Si extraneus de suo. 14
§. 2. Si convenerit ne. 23
L. Si mulier dotis. 21. 6
L. Quidam fundum. 22... *n.* 40. in tit. *de donat inter vir. et uxor.*
L. Pater cum filiæ. 23... part. 1. art. 3. in tit. *de verb. oblig.*
L. Si inter vir. et uxor. pactum. 24. 27
L. Quod de reddenda. 25. *N.* 30
L. Inter socerum et generum. 26... *n.* 2. in tit. *de reb. dub.*
§. 1. Vir dotem quam... *n.* 61. in tit. *famil. ercisc.* et *n.* 12. in tit. *de jur. et fact. ign.*
§. 2. Quum inter patrem et. 27
V. nec separabitur. *ibid.*
§. 3. Convenit ut mulier..... *n.* 43. in tit. *de donat. inter vir. et uxor.*
§. 4. Filia cum pro se... *n.* 22. in tit. *de pactis.*
§. 5. Pater si filia. 24
L. Si liberis sublatis. 27... *n.* 4. in tit. *de donat inter vir. et uxor.*
L. Quæris si pacta. 28. 11
L. Quum maritus. 29. 2
§. 1. Titius mulieris... *n.* 27. in tit. *de jur. dot.*
§. 2. Mulier de dote. 22
L. Bæbius-Marcellus. 30. 24
L. Si inter vir. et uxor. conv. 31. 19
L. *fin.* Uxor viro fundum. 32. 7
§. 1. Si pater filiæ. 8

TITULUS V.

De fundo dotali.

LEX Interdum lex Jul. 1... *h. tit. N.* 9
§. 1. Sed et pex. 10
V. cum suo tamen jure. *ibid.*
L. Si maritus. 2. *ibid.*
§. 1. Quare et si. *ibid.*
L. Fundus dotalis. 3. 5
§. 1. Totiens autem. 12
L. Lex Julia. 4. 7
L. Julianus lib. 16. digest. 5. 8

L. Sed nec libertas. 6. *Num.* 8
L. Si maritus fundum. 7. 10
§. 1. Sed quum uxor. *ibid.*
L. Vir in fundo. 8... *n.* 31. in tit. *solut. matrim.*
L. Si marito. 9. 4
§. 1. Quod si ei promittat. *ibid.*
§. 2. Quod si Stichum. *ibid.*
§. 3. His consequens. *ibid.*
L. Erit e go potestas. 10. *ibid.*
L. Quod si fundus. 11. 3
L. Etiam (si) dirempto. 12. 7
§. 1. Soceri voluntas. 11
L. Dotale prædium accipere. 13. 2
§. 1. Prædii appellatione. *ibid.*
§. 2. Dotale prædium sic. *Num.* 6
§. 3. Heredi quoque. 12
§. 4. Si uxore herede. 13
L. Si nuptura. 14. 6
§. 1. Si mulieris. 4
§. 2. Si fundum alienum. 6
§. 3. Si fundum legatum. 4
L. Dotale prædium. 15... *n.* 19. in tit. *de donat.*
L. Si fundum quem. 16. 6
L. Fundum dotalem. 17. 12
L. *fin.* Vir in fundo. 18... *n.* 44. in tit. *solut. matr.*
§. 1. Si per mulierem... *n.* 42. *d. tit.*

LIBER VIGESIMUS-QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum et uxorem.

LEX Moribus apud. 1... *h. tit.* *N.* 1
L. Nec esset eis. 2. *ibid.*
L. Hæc ratio. 3. *ibid.*
§. 1. Videamus inter quos. 5
§. 2. Qui in ejusdem. 8
§. 3. Verbum potestatis. *ibid.*
§. 4. Secundum hæc. 9
V. quare etsi filius. 10
§. 5. Prohibetur igitur. 8
§. 6. Ab uxoris. *ibid.*
§. 7. Socrui a nuru. 12
§. 8. Si servus meus. 10
§. 9. Non tantum autem. 16
§. 10. Sciendum autem est. 50
V. etsi stipulanti. 54
§. 11. Si quis igitur. 50
§. 12. Sed si debitorem. *ibid.*
§. 13. Huic sententiæ. *ibid.*
L. Idemque est. 4. *ibid.*
L. Si sponsus sponsæ. 5. 3
V. si vero mulier. *ibid.*
§. 1. Si maritus duos. 54
§. 2. Generaliter tenendum. 38
§. 3. Si debitor viri. 55
§. 4. Si uxor viri. *ibid.*
§. 5. Circa venditionem. 16
§. 6. Si donationis causa. 19
§. 7. Si uxor vel maritus. *ibid.*
§. 8. Concessa donatio. 27
§. 9. Hæc res et illud. *ibid.*
§. 10. Secundum hæc. *ibid.*
§. 11. Sed et si ipsa. *ibid.*
§. 12. Proinde et si. 28
§. 13. Si maritus heres. 26
§. 14. Simili modo. *ibid.*
§. 15 Si quis rogatus. *Num.* 47
§. 16. Quum igitur nihil. 26
V. ubicumque igitur non demin. 25
§. 17. Marcellus lib. 7. digest. 29
§. 18. In donationibus. 56
L. Quia quod ex non, 6. *ibid.*
L. Quod autem spectetur. 7. 58
§. 1. Si maritus pecuniam. 62
§. 2. Si vir et uxor. 65
§. 3. Idemque ait: Etsi vir uxori. 58
V. plane si magni pretii. *ibid.*
§. 4. Eleganter tractabitur. 59
§. 5. Si maritus æstimationem. 18
§. 6. Si uxor a marito. 16
§. 7. Si uxor rem emit. 61
§. 8. Uxori quis donavit. 31
§. 9. Manumissionis causa. 30
V. proinde si. *ibid.*
L. Si antequam servus. 8. *ibid.*
L. Si eum uxori. 9. 31
§. 1. Si pecunia accepta. 32
§. 2. Inter virum et uxorem. 30
L. Quia in hoc tempus. 10. *ibid.*
L. Sed interim res. 11. *ibid.*
§. 1. Sed quod dicitur. 21
§. 2 Quando itaque. 22
§. 3. Idem ait: Placuisse. *ibid.*
§. 4. Proinde et si uxor. *ibid.*
§. 5. Per contrar. 22
§. 6. Consequenter Scævola. *ibid.*
§. 7. Idem Marcellus tractat. *ibid.*
§. 8. Si uxor rem Titio. 72
§. Si uxor rem quam. 21
§. 10. Si maritus uxori. 24
§. 11. Idem ait: Si divortii. 23
L. Quæ tamen. 12. *ibid.*
L. Sed si mors. 13. *ibid.*
§. 1. Proinde et si mortis. 24

§. 2. Quum quis acceperit.... *n.* 3. in tit. *de cond. caus. dat.*
V. ait enim : Datum. *Num.* 13
L. Quod si vir uxori. 14. 34
L. Ex annuo, vel. 15. 43
§. 1. Si maritus uxori. 66
L. Quid ergo. 16. *ibid*
L. De fructibus quoque. 17. 67
§. 1. Sed si quid. 68
L. Si vir uxoris. 18. 35
L. Si uxor filio. 19. 68
§. 1. Idem quærit. *ibid.*
L. Si is servus. 20. 21
L. Si quis pro uxore. 21. 42
§. 1. Si uxor viro 39
V. quid tamen si maritus. 40
L. Uxori suæ. 22. 85
L. Papinianus recte putabat. 23. 73
L. Si inter extraneos. 24... *n.* 64. in tit. *de usucap.*
L. Sed et si constante. 25. 26
L. Si eum qui mihi. 26... *n.* 27. in tit. *de solution.*
§. 1. Ex quibus causis. 48
L. Inter eos qui. 27. 2
L. Si id quod donatum. 28. 52
§. 1. Si quid in pueros.... *n.* 5. in tit *de impensis in res dot.*
§. 2. Si quas servi operas. 35
§. 3. Si ex decem. 58
§. 4. Si ex decem. 59
§. 5. Julianum putasse. 57
§. 6. Illud constat, si. 40
§. 7. Illud recte dictum. 43
L. Si mulier. 29. 60
§. 1. Si vir uxori lanam. 53
L. Utilem tamen. 30. *ibid.*
L. Sed si vir lana. 31. *ibid.*
§. 1. Si uxor lana sua. 35
§. 2. Si vir uxori aream. 52
§. 3. Si duo mancipia. 16
§. 4. Si vir uxori vel contra. 17
§. 5. Idem dicemus. *ibid.*
§. 6. Quod vir uxori in diem. 36
§. 7. Quod legaturus. 26
§. 8. Si vir uxori munus. 37
§. 9. Non videtur locupletior. 62
§. 10. Quæ vir cibaria. 41
L. Quum hic status. 32. 69
§. 1. Oratio autem. *ibid.*
V. ut et ipso jure. 76
§. 2. Ait oratio : Fas. 69
§. 3. Pœnitent. 87
§. 4. Sed ubi semel. 84
V. si appareat. *ibid.*
§. 5. Si maritus ea. 86
§. 6. Si donator servus. *Num.* 88
V. proinde et si ipsa. 83
§. 7. Si maritus uxori. 88
§. 8. Si miles uxori. *ibid.*
§. 9. Quod ait oratio. 74
V. sed etsi non sit factus. *ibid.*
§. 10. Si divortium post. 79
§. 11. Quid ergo si divortium. *ib.*
§. 12. Quod si divortium. 80
§. 13. Si mulier et maritus. *ibid.*
§. 14. Si ambo ab hostibus. 83
§. 15. Qui quasdam res. 86
§. 16. Oratio non solum. 70
V. ut igitur valeat. 90
§. 17. Si filiusfamilias. *ibid.*
§. 18. Si nurus socero. 82
§. 19. Si socer nurui. 81
§. 20. Proinde et si duo. *ibid.*
V. in hac autem donatione. 70
§. 21. Si consocer consocero. 91
§. 22. Si sponsus sponsæ. 71
§. 23. Sive autem res fuit. 72
§. 24. Si inter virum et uxorem. 75
§. 25. Idem erit dicendum. *ibid.*
§. 26. Plane si minoris. *ibid*
§. 27. Si quis sponsam. 6
§. 28. Sed si senator. 5
L. Si stipulata fuerit. 33. 73
§. 1. Si uxor marito annuum. 44
§. 2. Et si forte maritus. 73
L. Sive uxor marito res. 34. 49
L. Si non secundum. 35. 4
L. Si donatæ res. 36. 51
V. sed quia causam. *ibid.*
§. 1. Sponsus alienum. 45
L. Si mulier dolo. 37. 52
L. Servus communis. 38. 10
§. 1. Idem juris erit. *ibid.*
L. Vir uxori pecuniam. 39. 55
L. Quod adipiscendæ. 40. 29
L. Nam et imperator. 41. *ibid.*
L. Nuper ex indulgentia. 42. *ibid.*
L. Inter virum et uxor. exilii. 43. 20
L. Si extraneus rem 44. 19
L. Marcellus lib. 7. digest. 45. 51
L. Inter virum et uxorem nec. 46. 13
L. Utrum negotium. 47. 35
L. Quæ jam nuptæ. 48. 65
L. Sulpicius Marcello. 49. 33
L. Si quum mulier. 50. 61
§. 1. Quod si mulier non. *ibid.*
L. Q. Mucius ait. 51. 63
L. Si vir uxori donationis. 52... *n.* 6. in tit. *locati.*
§. 1. Uxor viro fructum. 21
L. Mortis suæ causa. 53. 48
§. 1. Res in dotem. 35
V. easdem res non potest. *ibid.*

L. Vir usuras. 54... *n.* 44. in tit. *de usuris.*
L. Uxor marito suo. 55. *Num.* 56
L. Si quod mihi. 56. 50
L. Ea quæ a marito. 57. 64
L. Si prædia et mancipia. 58. 45
§. 1. Item quum quæreretur. 41
§. 2. Filius rebus matris. 64
L. Si quis uxori. 59. 72
L. Vitricus et privignus. 60. 12
§. 1. Divortii causa. 23
L. Vel senectutem. 61. *ibid.*
L. Et ideo bona. 62. *ibid.*
§ 1. Divortio facto. 79
L. De eo quod. 63. 51
L. Vir mulieri, 64. 4
L. Quod vir ei. 65. 6
L. Seia Sempronio. 66. 2
§. 1. Virgini in hortos. *ibid.*
L. *fin.* Si uxor nummis. 67. 46

TITULUS II.

De divortiis et repudiis.

LEX Dirimitur matrim. 1. *h. tit. N.* 1
L. Divortium autem. 2. 2
§. 1. In repudiis autem. 4
§. 2. In sponsalibus quoque... *n.* 10. in tit. *de sponsal.*
§. 3. Sive autem ipsi. 6
L. Divortium non est. 3. 5
L. Julianus lib. 18. digest. 4. 6
L. Si filia emancipata. 5... *n.* 8. in tit. *solut. matrim.*
L. Uxores eorum. 6.... *n.* 22. in tit. *de rit. nupt.*
L. Si pœnituit. 7. 5
L. Divus Hadrianus eum. 8..... *n.* 5. in tit. *ad leg. Jul. de adult.*
L. Nullum divortium. 9. 4
L. Patrono invito. 10... *n.* 26. in tit. *de rit. nupt.*
L. *fin.* Quod ait lex. 11... *n.* 25. *d. tit.*
§. 1. Ait lex: Quam..... } *n.* 28.
§. 2. Illud rectissim. placuit, } *d. tit.*

TITULUS III.

Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur.

LEX Dotium causa. 1... *h. tit. N.* 78
L. Soluto matrimonio. 2. 6
§. 1. Quod si in patris. 9
§. 2. Voluntatem autem filiæ. 12
L. Non solum autem in. 3. 9
V. sed si pecunia. *ibid.*
L. Si pater sine consensu. 4. 14
L. De divisione. 5. *Num.* 37
L. Si ante nuptias. 6. *ibid.*
L. Fructus eos esse. 7. 40
§. 1. Papin. aut. lib. 11. quæst. 35
§. 2. E contrario quoque. *ibid.*
§. 3. Item si messes. *ibid.*
§. 4. Apparet igitur. *ibid.*
§. 5. Ob donationes. 73
§. 6. Quod in anno. 39
§. 7. Et in pluribus. *ibid.*
§. 8. Item si locat. 39
§. 9. Non solum autem de fundo. 38
§. 10. In servo quoque. *ibid.*
§. 11. De pensionibus. *ibid.*
§. 12. Si fundum viro. 43
§. 13. Si vir in fundo. 44
§. 14. Sed si cretifodinæ. 45
§. 15. Interdum marito. 41
§. 16. Impendi autem. 40
L. Si fundus in dotem. 8. 44
§. 1. Quod in sementem. 40
L. Si mora per. 9. 28
L. Si ab hostibus. 10. 15
§. 1. Si vir uxorem suam. 3
L. Si alienam rem. 11. 26
L. Maritum. 12. 77
L. Quia tale beneficium. 13. *ibid.*
L. Alia causa est. 14. *ibid.*
§. 1. Elegenter quærit. 76
L. Rei judicatæ. 15. 75
§. 1. Heredi mariti. 73
§. 2. Socero quoque. 74
L. Quia parentis. 16. *ibid.*
L. Ex diverso. 17... } *n.* 35. in tit. *de jur. dot.*
§. 1. Si in judicio. }
§. 2. Si in judicio. 76
L. Etiam filios. 18. 77
§. 1. Licet in dotalibus. 75
L. Si mulier diverterit. 19. 80
L. Quamvis mulier. 20... *n.* 15. in tit. *de donat. inter vir. et uxor.*
L. Sed et si ideo. 21... *n.* 13. in tit. *de impens. in res dot.*
L. Si quum dotem. 22.... *n.* 25. in tit. *de pact. dot.*
§. 1. Si post. solutum. 9
V. quod ita verum est. *ibid.*
§. 2. Si mulier soluto. 79
§. 3. Si pater filia absente. 14
§. 4. Si patri propter. 10
§. 5. Eo autem tempore. 11
§. 6. Necnon illud quoque. 12
§. 7. Si maritus vel uxor... *n.* 6. in tit *de divort. et repud.*
§. 8. Sin autem in..... } *n.* 7. *d. t.t.*
§. 9. Item furiosæ pater. }
§. 10. Si soluto matrim. pater. 10

§. 11. Idem decernendum. *N.* 10
§. 12. Transire liceat nunc. 21
V. sed si filiusfamilias. 22
§. 13. Si mulier in conditione. 85
L. Et si quid in eam. 23. 84
L. Si constante matrim. 24. 19
§. 1. Si exheredato. 22
§. 2. Quotiens mulieri. 17
§. 3. Sive autem mariti. 16
§. 4. Si vir voluntate. 87
§. 5. Si maritus sævus. 27
§. 6. Si uxor viri... *n.* 1. in tit. *de act. rer. amot.*
§. 7. Si bona mulieris. 83
L. Si filiofamilias dos. 25. 23
§. 1. Maritum in reddenda. 47
V. quod si dolo malo. 28
§. 2. Si post divortium res. 26
§. 3. Si qui dotalium. 48
§. 4. Si vir in quinquennium. 47
L. Semel mora facta. 26. 26
L. Si post divortium mortua. 27. 76
L. Facere posse. 28. 75
L. Quoties pater. 29... *n.* 14. in tit. *de pact. dotal.*
§. 1. Si quis pro muliere..... *n.* 29. *d. tit.*
L. Nupta non impeditur. 30. 5
§. 1. Quoties culpa viri. 67
L. Si marito publico. 31. 24
§. 1. Si pater quum ducenta. 68
V. quod si mortuo patre. *ibid.*
§. 2. Si voluntate filiæ. 7
§. 3. Quum patri dos. 22
§. 4. Si fundum dotalem. 79
L. Si prior maritus. 32. . *n.* 35. in tit. *de jur. dot.*
L. Quæ dotis nomine. 33. 63
L. Titia divortium. 34. 11
L. Liberta quæ. 35. 5
L. Si maritus minus. 36. 76
L. Dotem voluntate. 37. 14
L. Lucius-Titius quum. 38..... *n.* 13. in tit. *de divort. et repud.*
L. Viro atque uxore. 39... *n.* 12. *d. tit.*
L. Post dotem datam. 40... *n.* 15. in tit. *de pact. dotal.*
L. Si pater ignorans. 64
L. In insulam patre. 42. 7
§. 1. Fructus ex prædiis. 84
§. 2. Usuras numeratæ... *n.* 34. in tit. *de jur. dot.*
§. 3. Ad virum uxore. *Num.* 80
L. Si maritus in id quod. 33. 75
L. Si socer a genero heres. 44. 24
§. 1. Lucius-Titius filiæ... *n.* 33. in tit. *de jur. dot.*
L. Gaius-Seius. 45.... *n.* 19. in tit. *de pact. dot.*
L. Qui dotem stipulanti. 46. 81
L. Quum mulier. 47... *n.* 12. in tit. *de divort. et repud.*
L. Si dotali instrumento. 48.... *n.* 27. in tit. *de pact. dot.*
L. Mævia marito. 47. 70
§. 1. Fundus æstimatus. 54
L. Æstimatis rebus. 50. 58
L. Æstimatæ res. 51. 53
L. Maritus dotem. 52. 65
L. Si filiofamilias. 53. 23
L. Maritus facere posse. 54. 75
L. Quum mulier. 55. 47
L. Si quis sic. 56... *n.* 26. in tit. *de pact. dotal.*
L. Usufructu in dotem. 57. 58
L. Servus dotalis. 58.. { *n.* 38. in tit. *V.* sed ne maritus. { *de jur. dot.*
L. Filiæ meæ. 59. 8
L. Si filiafamilias. 60. 18
L. Dotalem servum. 61. 87
L. Quod si vir. 62. *ibid.*
L. Et desinit servus. 63. *ibid.*
L. Si vero negotium. 64. *ibid.*
§. 1. Sed et si quid. 88
§. 2. Plane si operæ. *ibid.*
§. 3. Sed etsi post. *ibid.*
§. 4. Sed et si. *ibid.*
§. 5. Idem quicquid. *ibid.*
§. 6. Dabit autem. 89
§. 7. Adjicitur in lege. *ibid.*
§. 8. Si filium exheredaverit. *ibid.*
§. 9. De viro heredeque. 91
§. 10. Quod ait lex. 89
L. Hæc actio. 65. 90
L. In his rebus. 66. 27
§. 1. Servis uxoris.... *n.* 57. in tit. *de donat. inter vir. et uxor.*
§. 2. Filiafamilias divortio. 7
§. 3. Mancipia in dotem. 58
§. 4. Mulier quæ. 65
§. 5. Uxor divortio... *n.* 26. in tit. *de jur. dot.*
§. 6. Si vir socero. 61
§. 7. Si quis pro muliere. 67
L. *fin.* In partem dotis. 67. 33

LIBER VIGESIMUS-QUINTUS.

TITULUS I.

De impensis in res dotales factis.

Lex Impens. quæd. 1... *h. tit.* *N.* 1
§. 1. Necessariæ hæ dicuntur. 2
§. 2. In necessariis. 4
§. 3. Inter necessaria . 3
L. Vel in valetudinem. 2. *ibid.*
L. Vel si vites. 3, *ibid.*
§. 1. Non generaliter. 4
L. Et in totum. 4. 2
V. sed hoc differt quod factarum. 8
L. Quod dicitur, necessarias. 5. 6
V. hoc de his impens... 4
§. 1. Sed si impensis. 6
§. 2. Si dos tota. 7
§. 3. Utiles autem impensæ. 9
L. Veluti si novelletum 6. *ibid.*
L. Voluptariæ autem. 7. 11
§. 1. Quarum utiles non quidem. 10
L. Utilium nomine. 8. *ibid.*
L. Pro voluptariis. 9. 12
L. Quod si hæ res. 10. 11
L. In voluptariis. 11. 12
§. 1. Donationem inter. 10
L. Omnino et in. 12. 5
L. Neque stipendium. 13. *ibid.*
L. Impensæ necessariæ. 14. 3
§. 1. Utiles sunt. 9
§. 2. Voluptuosæ sunt. 11
L. Quod dicitur, impensas. 15. 5
V. quæ autem impendia. *ibid.*
L. *fin.* Et ante omnia. 16. 4

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

Lex Rerum amotarum. 1... *h. tit.* *N.* 2
L. Nam in honorem. 2. *ibid.*
L. Et ideo si post. 3. 4
§. 1. Item si servus. 5
§. 2. Sed et cum uxore. 4
§. 3. Item verum est. 19
§. 4. Si filiafamilias. 15
L. Dolove malo. 4. *ibid.*
L. Viva quoque filia. 5. *ibid.*
L. Contra nurum. 6. 13
§. 1. Quotiens filiofamilias. *ibid.*
§. 2. Item quum rerum. 15
§. 3. Si post divortium. 12
§. 4. Item heres mulieris. 14
§. 5. Sed si morte. 8
§. 6. Quod si mortuo. 4
L. Mulier habebit. 7. *Num.* 11
L. Si quum dos. 8. 25
§ 1. Sabinus ait. 21
L. Non enim æquum. 9. *ibid.*
L. Ideoque nec. 10. *ibid.*
L. Marcellus, lib. 8. digest. 11. 11
§. 1. Qui rerum. 18
§. 2. Jurare autem. *ibid.*
§. 3. Si quis delatum. *ibid.*
L. Non magis quam. 12. *ibid.*
L. Ideo Labeo scibit. 13. *ibid.*
L. De rebus amotis. 14. *ibid.*
L. Nihil interest. 15. 3
§. 1. Uxor. et nurus. 6
L. Ad fiscum. 16. 12
L. Si concubina. 17. 4
V. consequenter. *ibid.*
§. 1. Res amotas. 7
§. 2. Non solum eas. 19
§. 3. Quæ viro suo. 10
L. Sed et domino. 17. *ibid.*
L. Sed et si divortii. 19. 3
L Si rem quam. 20. 10
L. Si mulier. 21. 7
§. 1. Si servus mulieris. 5
§. 2. At si in dotem. *ibid.*
§. 3. Rerum amotarum. 22
§. 4. Commodi quoque. *ibid.*
§. 5. Hæc actio licet. 17
§. 6. Nec viro. 16
L. Si propter res. 22. 21
§. 1. Si mulier mortis. 8
L. Redintegrato. 23. 23
L. Ob res amotas. 24. 24
L. Rerum quidem amot. 25. 7
V. sed si in matrimonio. 8
L. Rerum amotar. actio cond. 26. 17
L. Rerum amotarum actio ob. 27. 25
L. Si uxor rem. 28. 13
L. Rerum amotar. æstimatio. 29. 20
L. *fin.* Quum soluto matrim. 30. 23

TITULUS III.

De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus, vel patronis vel libertis.

Lex Senatusconsult. 1... *h. tit.* *N.* 1
§. 1. Permittit igitur. 3
§. 2. Domum accipere. *ibid.*
§. 3. Denuntiare autem. *ibid.*
V. hoc autem vel. *ibid.*
§. 4. Pœna autem mariti. 5
§. 5. Illud notandum est. 8

§. 6. Sed si maritus. *Num.* 4
§. 7. Si mulier. 3
§. 8. Quinimo etsi. 4
§. 9. Dies autem triginta. 3
§. 10. Eleganter autem. 8
V. sed hanc rem. *ibid.*
§. 11. Quemadmodum. 10
§. 12. Julianus, lib. 19 digest. 6
§. 13. Idem per contrarium. *ibid.*
§. 14. Idem Julianus scribit. *ibid.*
§. 15. Ex his appar. 7
§. 16. Plane si denuntiante. 9
L. In omnibus. 2. *ibid.*
L. Sive contra. 3. *ibid.*
§. 1. Quia Plancianum. 10
§. 2. Quid ergo si. 14
§. 3. Quid si hoc ipsum. 11
§. 4. Et quid sit. *ibid.*
§. 5. Illud tenendum. 12
V. quid ergo est. *ibid.*
V. adeo hoc verum est. 13
§. 6. Item hæc senatusconsulta. *ib.*
L. Necare videtur. 4. 15
L. Si quis a liberis. 5. 23
§. 1. Sed utrum eos. 16
§. 2. Utrum autem tant. patrem. 17
§. 3. Idem in liberis. *ibid.*
§. 4. Ergo et matrem. *ibid.*
§. 5. Item D. Pius. *ibid.*
§. 6. Idem rescripsit ut filiam. 15
§. 7. Sed si filius. 19
§. 8. Si vel parens. 24
§. 9. Meminisse autem. *ibid.*
§. 10. Si quis ex his. 23
§. 11. Idem judex. 19
§. 12. Non tantum alimenta. 21
§. 13. Si impubes sit. 20
§. 14. Si mater alimenta. 18
§. 15. A milite. 20
§. 16. Parens quamvis ali. 21
§. 17. Item rescriptum. 22
§. 18. Solent judices. 25
V. itaque si negent. 28
§. 19. Alimenta autem pro. 29
§. 20. Utrum aut. tant. patroni. 26
§. 21. Sed et libertus. *ibid.*
§. 22. Si quis a liberti. 27
§. 23. Sed et patroni. 30
§. 24. Sed et liberta. 25
§. 25. De alimentis patroni. 29
§. 26. Patrem et matrem. 26
L. Alimenta liberto. 6. 32
§. 1. Imperatoris Commodi. 31
L. Si neget, qui. 7. 11
L. Non quemadmodum. 8. 18
L. *fin.* In bonis supersistum. 9. 29

TITULUS IV.

De inspiciendo ventre, custodiendoque partu.

Lex Temporibus. 1... *h. tit.* *N.* 1
§. 1. Ex hoc rescripto. *ibid.*
§. 2. Secundum quod. *ibid.*
§. 3. Quid ergo si non. 4
§. 4. Quid ergo si interroga. *ibid.*
V. quod si negaverit. *ibid.*
§. 5. Et notandum quod. *ibid.*
§. 6. Item prætor. *ibid.*
§. 7. Quid ergo si. 4
§. 8. Si omnes vel plures. 5
§. 9. Meminisse autem oport. 3
§. 10. De inspiciendo ventre. 6
§. 11. Quamvis sit. 7
§. 12. Denuntiare igitur. *ibid.*
§. 13. Sed et si servus. *ibid.*
§. 14. Denuntiari autem. *ibid.*
§. 15. Quod autem prætor ait. 9
L. Edictum de. 2. *ibid.*
§. 1. Sed hoc aliquando. *ibid.*
L. Qui ventri. 3. 7
L. *fin.* Is a quo. 4. 8

TITULUS V.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Lex Hoc edicto. 1... *h. tit.* *Num.* 1
§. 1. Idcirco constituit. *ibid.*
V. non solum mulierem. 2
V. actionemque. 3
§. 2. Necessario prætor adjecit. 5
§. 3. Interest autem ejus. 3
§. 4. Hæc actio etiam. 4
§. 5. Et si filiafamilias. 2
L. Dolo facit mulier. 2. 1
§. 1. Si et patris. 2
V. ideo si id. 3

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur.

Lex Si de possessione. 1... *ibid.* *N.* 6
§. 1. Et hoc edictum. 1
§. 2. Per calumniam. *ibid.*
§. 3. Hanc autem actionem. 5
§. 4. Simili autem modo. 4
§. 5. In parentem. 3
§. 6. Competit autem hæc. 2
§. 7. Interesse autem videtur. 4

§. 8. Nonnunquam. *Num.* 4
§. 9. Idem Julianus. *ibid.*
§. 10. Sed an decedant. *ibid.*
§. 11. Libertati plane. *ibid.*
§. 12. Si dolus filiæfamilias. 3

TITULUS VII.

De concubinis.

LEX Quæ in concubinatu. 1..... *n.* 29. in tit *de rit. nupt.*
§. 1. Cum Atilicino. *Num.* 4
§. 2. Qui autem damnatam. 5
§. 3. Si qua in patroni. *ibid.*
§. 4. Cujuscumque ætatis. *ibid.*
L. Si patronus libertam. 2. 3
L. In concubinatu. 3. 4
§. 1. Nec adulterium. 1
L. Concubinam ex sola. 4. 2
L. *fin.* Concubinam ex ea. 5. 5

LIBER VIGESIMUS-SEXTUS.

TITULUS I.

De tutelis.

LEX Tutela est... *h. tit.* *Num.* 1
§. 1. Tutores autem sunt. *ibid.*
§. 2. Mutus tutor. 7
§. 3. Surdum non posse. *ibid.*
L. Non est exigendum. 2... *n.* 2. in tit. *qui petant. tut.*
L. Qui habet tutorem. 3. } *n.* 4. in tit. *de curat. furios.*
§. 1. Quia autem..... }
§. 2. Si pupillus pupillave. } *n.* 24. in t. *de tut. et curat dat.*
§. 3. Quolib. loco..... }
§. 4. Si pupillus petat. }
L. Quod dicitur. 4..... }
§. 1. Possunt autem.. } *n.* 25. *d. tit.*
L. Quum semel. 5..... }
§. 1. Et si Titius..... }
L. Muto itemque mutæ. 6. 3
V. sed an auctoritas. *ibid.*
§. 1. Sub conditione... *n.* 16. in tit. *de tut. et curat. dat.*
§. 2. Tutoris datio... *n.* 2. *d. tit.*
§. 3. Surdo impuberi. 3
§. 4. Ei cujus pater. 4
L. Si filiusfamilias. 7... *n.* 3. in tit. *de tut. et rat.*
L. Patronus quoque. 8 .. *n.* 15. in tit. *quæ in fraud. credit.*
L. In eos extra. 9... *n.* 23. in tit. *de suspect. tut.*
L. Etiam (non) municeps. 10... *n.* 9. in tit. *de tut. et curat. dat.*
L. Furiosus si tut. 11... *n.* 12. in tit. *de testam. tut.*
L. Quæsitum est an. 12. 14
L. Solet etiam curator. 13... *n.* 26. *de tut. et curat. dat.*
§. 1. Est etiam adjutor... *n.* 27. *d. tit.*
L. Si adrogati sunt. 14. *Num.* 13
§. 1. Item si in servitutem. 12
§. 2. Aliis quoque modis. *ibid.*
§. 3. Sed et si ad tempus. 14
§. 4. Preterea si. *ibid.*
§. 5. Sed et si ad certam. *ibid.*
L. Si quis tutor non. 15. 12
L. Tutela plerumque. 16. 6
§. 1. Et sciendum est. 11
L. Complura. 17. 7
L. *fin.* Fœminæ tutores. 18. 6

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

LEX Lege XII Tab. 1... *h. tit.* *N.* 2
§. 1. Item scire debemus. *ibid.*
§. 2. Item ignorandum. 3
L. Nec militem 2. *ibid.*
L. Testamento datos. 3. 15
§. 1. Sed eos demum... *n.* 10. in tit. *de confirm. tutor.*
L. Pater herede. 4... *n.* 3. *d. tit.*
V. sed et inquiri... *n.* 7. *d. tit.*
L. Si quis filiabus. 5. 22
L. Quid si nepotes. 6. 21
L. Tutores non. 7. 19
L. Tutor datus. 8. 17
§. 1. Sed si sub. 18
§. 2. Tutorem autem. 16
§. 3. In tutoris dat... *n.* 201. in tit. *de legatis.*
L. Si nemo. 9. 18
L. Si hereditas. 10.... *n.* 14. in tit. *de legit. tutor.*
§. 1. In tutelis test... *n.* 201. in tit. *de legatis.*
§. 2. Qui filium et. 4
§. 3. Si furiosus. 11
§. 4. Servus alienus. 8
L. Si quis sub condit. 11. } *n.* 14. in t. *de legit. tutor.*
§. 1. Et si semel..... }
§. 2. Item dicimus.... }

§. 3. Quod si tutor.. } n. 13. d. tit.
§. 4. Plane si duo... }
L. Certarum rerum. 12. Num. 13
L. Et si datus fuerit. 13. ibid.
L. Quia personæ. 14. ibid.
L. Si tamen tutor. 15 .. ibid.
L. Si quis ita. 16. 20
§. 1. Si quis filio. 23
§. 2. Si quis liberis. 22
§. 3. Si quis quum ignoraret. ibid.
§. 4. Proinde et si. ibid.
§. 5. Si posthumis. 21
L. Testamento datos. 17... n. 3. in tit. de admin. et peric. tut.
V. sed nihilominus... n. 13. d. tit.
§. 1. Non omnimodo..... } n. 14
§. 2. Duplex igitur casus.. } d. tit.
L. Quod si plures. 18... n. 13. d. tit.
L. Si nemo tutor. 19... n. 15. d. tit.
§. 1. Hoc edictum... n. 16. d. tit.
§. 2. Testa .. datus... n. 10. in tit. de eo qui pro tut.
L. Tutor incertus. 20. 14
§. 1. Testamento quemlibet. 12
L. Testamento tutores. 21. 5
L. Si quis tutorem. 22. 10
L. Tutor ita. 23. 14
§. 1. Ita autem recte tutor. 16
L. Si plures tutores. 24... n. 23. in tit. de tut. et curat. dat
L. Duobus pupillus. 25... n. 85. in tit. de excusat.
L. Jure nostro. 26... n. 6. in tit. de tutelis.
§. 1. Honoris causa... n. 13. in tit. de excusat.
§. 2. Propter litem. } n. 11. in tit. de
L. Idem fiet. Si. 27.. } confirm. tut.
§. 1. Quum autem ipse patruus... n. 18. in tit. de suspect. tut.
L. Qui tutelam. 28.... n. 90. in tit. de excusat.
§. 1. Verbis fideicomm. 7
V. post libertatem. ibid.
§. 2. Impuberi liberto.... n. 8. in tit. de confirm. tutor.
L. Ex sententia. 29. 6
L. Duo sunt Titii. 30. 14
L. Si pater exhered. 31... n. 11. in tit. de confirm. tutor.
L. Quæro an non. 32. 12
§. 1. Idem Paulus respondit... n. 17. in tit. de admin. et peric. tut.
§. 2. Lucius-Titius. 9
L. Tutoribus ita datis. 33. 24
L. fin. Quum codicillis. 34. 17

TITULUS III.

De confirmando tutore vel curatore.

Lex Ut ne de confirm. 1... h. tit. N. 1
§. 1. Sunt quidam dati. 2
§. 2. Et si quidem 5
§. 3. Hoc amplius scire... n. 1. in tit. de testam. tutor.
L. Mulier. liberis. 2. 7
§. 1. Sed et si curator. ibid.
L. Qui a patre. 3... n. 3. in tit. de admin. et peric. tutor.
L. Si patronus. 4. 3
L. Tutores a patruo. 5... n. 4. in tit. de admin. et peric. tut.
L. Si filio puberi. 6. 5
L. Naturali filio. 7. 3
§ 1. Si quæratur... n. 1. in tit. de tut. et cur. dat.
L. In confirmando tutore. 8. 6
L. Vel cum fisco. 9. ibid.
L. Utilitatem pupillorum. 10. ibid.
L. fin. Avia nepotibus. 11. } n. 140. in tit. de legat.
§. 1. Item quæsitum est. }

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

Lex Legitimæ tutelæ. 1... h. tit. N. 2
V. item patronis. 4
§. 1. Interdum alibi. 3
§. 2. Si apud hostes. ibid.
§. 2. Interdum autem etiam. 4
L. Legitimam tutelam. 2... n. 13. in tit. de tutelis.
L. Tutela legitima. 3. 4
§. 1. Ergo manumissor. 6
§. 2. Sed etsi hac lege. ibid.
§. 3. Plane si forte. ibid.
§. 4 Si duo pluresve. 10
§. 5. Sed si aliquis. 7
§. 6. Sed si omnes. ibid.
§. 7. Proinde si alter. 8
§. 8. Quæri potest. 15
§. 9. Non tantum autem. ibid.
§. 10. Si parens filium. 9
L. Quo defuncto. 4. ibid.
L. Legitimos tutores. 5. 1
§. 1. Sed etiam hos cogi... n. 2. in tit. de admin. et peric. tut.
§. 2. In legitimis et in. } n. 16.
§. 3. An ergo provoc.. } d. tit.
§. 4. An ergo et in patr. }
§. 5. Si legitimus tutor... n. 13. in tit. de tutel.
L. Intestato parente. 6. 13

L. Sunt autem adgnati. 7. *N.* 2
L. Si reliquero. 8. 3
L. Si plures sunt. 9. *ibid.*
L. Adgnato propior. 10. *ibid.*
§. 1. Surdus et mutus. 10
L. *fin.* Minus autem. 11.... *n.* 7. in tit. *de tutelis.*

TITULUS V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt.

Lex Sive proconsul. 1... *h. tit. N.* 2
§. 1. Legatus quoque. *ibid.*
§. 2. Quod autem permit. tutor. 4
L. Quum quidem tutores. 2. 22
L. Jus dandi tutores. 3. 2
L. Prætor ipse. 4. 10
L. Illud semper constitit. 5. 19
L. Necnon ignoranti. 6. *ibid.*
L. Non tantum ad. 7... *n.* 6. *in append. ad lib.* 27.
L. Nec mandante 8. 3
§. 1. Si prætor vel. 14
§. 2. Dari tutor. 18
§. 3. Furioso et furiosæ... *n.* 3. in tit. *de tutel.*
L. Impuberi ad. 9. 23
L. Tutor si petitus. 10. 15
L. Curator pupillo. 11. 26
L. His qui in ea. 12. } *n.* 9. in tit. *de cur. fur.*
§. 1. Nec dubit.... }
§. 2. Divus Pius... *n.* 6. *d. tit.*
L. Si impuberi. 1. 23
§. 1. Quamvis autem. } *n.* 2. in tit. *de admin. et peric. tut.*
§. 2. Sed si puella... }
L. Libertus non aliis. 14... *n.* 68. in tit. *de excus.*
L. In omnem rem. 15. 26
L. Nec ille desinit. 16. *ibid.*
L. Ei qui de statu. 17... *n.* 4. in tit. *de tutelis.*
L. In dando tutore. 18... *n.* 9. in tit. *de confirm. tut.*
L. Ubi absunt. 16. 2
§. 1. Magistratus municipalis. 10
L. Ventri tutor. 20... *n.* 4. in tit. *de tutelis.*
§. 1. Curatorem habenti. 29
L. Scire oportet. 21. 5
§. 1. Si mater sub hac. 6
§. 2. Sed et si quis. *ibid.*
§. 3. Eos qui in. 7
§. 4. Si provincialem præfect. *ibid.*
§. Cum reliquis. *Num.* 20
§. 6. Semper autem maxime. *ibid.*
L. Et qui non sunt. 22. 11
L. Simul plures. 23. 13
L. Divi Marcus et. 24. 6
L. Curatorem impuberi. 25. 26
L. Seiæ egressæ. 26.... *n.* 8. *in append. ad lib.* 27.
L. Pupillo. 27. 4
§. 1. Libertino tutores... *n.* 2. in tit. *de excusat.*
L. Romanius-Appullus. 28. 12
L. *fin.* Si peregre agant. 21

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores, et ubi petantur.

Lex Matris sollicit. 1... *h. tit. N.* 22
L. Si minores. 2. 1
§. 1. Alii igitur voluntate. 3
§. 2. Quæ autem de matre. 5
§. 3. Si quidem aliquis. 2
§. 4. Hæc quidem de tutoribus. 21
V. curatores autem. 22
§. 5. An autem alius. *ibid.*
V. et apud Paulum. *ibid.*
§. 6. Qui qualitercumque. 4
L. Decreto decurionum. 3..... in tit. *de tut. et curat. dat.*
L. *fin.* Credendum est. 4. 9
§. 1. Sin autem idoneis. 10
§. 2. Sed si suspecto. *ibid.*
§. 3. Hæc autem mater. 19
§. 4. Quæ autem suspectum. 10

TITULUS VII.

De administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

Lex Gerere atque. 1... *h. tit. N.* 26
§. 1. Ex quo sit. 27
§. 2. Sufficit tutoribus. 38
§. 3. In causis autem adultor. *ibid.*
§. 4. Non denegari. 37
L. Si tutor condemnavit. 2. } *n.* 4. in t. *quando ex fact. tutoris.*
§. 1. Amplius Marcellus. }
L. Si plures curatores. 3. 49
§. 1. Si parens vel. 11
§. 2. Cæteri igitur. 17
§. 3. Quamvis autem ei. 11
§. 4. Nam etsi unum. *ibid.*
§. 5. Quod in tutoribus. *ibid.*
§. 6. Apparet igitur. 17

§. 7. Si non erit a. *Num.* 12
§ 8. Plane si non. *ibid.*
§. 9. Item si dividi. 19
L. Vel in partes. 4. *ibid.*
V. et si ita fuerit divisa. 20
L. Ita autem depositionis. 5. 35
§. 1. Gessisse autem. 26
§. 2. Quod si posteaquam. *ibid.*
§. 3 Quod si quis tutelam. *V.* quod si non accessit. } *n.* 4. in t. *de tutel. et rat. distr.*
§. 4. Debitor patris... *n.* 34. *d. tit.*
§. 5. Si tutor pupillum. 45
§. 6. Post completum. 46
§. 7. Julianus, lib. 21. digest... *n.* 37. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
§. 8. Papinianus, lib. 5. respons. 50
§. 9. Usque adeo autem. 33
§. 10. Ex quo innotuit. 27
L. Hoc autem quod. 6. 28
L. Tutor qui repertorium. 7. 10
§. 1. Si tutor cessaverit. 34
§. 2. Competet adversus... *n.* 40. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 3. Si post deposition. *V.* nisi si per eos.... } *n.* 49. *d. tit.*
§. 4. Pecuniæ quam in. } *n.* 46.
§. 5. Vertisse in suos... } *d. tit.*
§. 6. Si tutor. pecuniam... *n.* 48. *d. tit.*
§. 7. Si deponi oportet.. } *n.* 47.
§. 8. Idem solent facere. } *d. tit.*
§. 9. Residuarum autem... *n.* 49. *d. tit.*
§. 10. Quæ sunt autem pupill... *n.* 45. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 11. Usuræ a tutoribus. 36
§. 12. Si usuras exactas... *n.* 46. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 13. Pecuniæ quæ. 45
§. 14. Si tutor pro contut... *n.* 52. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 15. Sciendum est tutorem... *n.* 53. *d. tit.*
L. Si tutelæ agat. 8... *n.* 54. *d. tit.*
L. Quoties tutor. 9... *n.* 2. in tit. *quand. ex fact. tut.*
§. 1. Si paterfamilias. } *n.* 34. in tit.
§. 2. Item. si temp... } *de tutel. et*
§. 3. Et generaliter.. } *rat. distr.*
§. 4. Sed si sub usuris... *n.* 50. *d. tit.*
§. 5. Sicut autem solvere. 37
§. 6. Nec utique. 39
§. 7. Non tantum autem... *n.* 16. in tit. *de auctor. et cons. tut.*
§. 8. Constat eum qui. *Num.* 18
§. 9. Per contrarium autem. *ibid.*
L. Generalit. quotiescumque. 10... *n.* 38. in tit *de tutel. et rat. distrah.*
L. Circa pupillum. 11... *n.* 3. in tit. *de eo qui pro tutor.*
L. Quum plures. 12.... *n.* 19. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 1. Quæ bona fide. 48
§. 2. Nimium est. 44
§. 3. Quum tutor non rebus. 42
V. sed non dabit. 43
§. 4. Si tutor pecuniam... *n.* 49. in tit. *de tut. et rat. distr.*
L. Tutor secundum. 13. 32
§. 1. Non est audiendus... *n.* 49. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 2. In solvendis legatis. 43
L. Etiam contutoris. 14. 25
L. Si tutor. 15. 36
L. Quum quæritur. 16.... *n.* 40. in tit. *de tut. et rat. distr.*
L. Qui jussus est. 17. 27
L. Qui tutor. 18... *n.* 2. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
§. 1. Ex duobus... *n.* 7. *d. tit.*
L. Actus sui. 19... *n.* 19. *d. tit.*
L. Tutor vel curator. 20. 30
L. L. Titius G. Seium. 21... *n.* 3. in tit. *de tut. et rat. distr.*
L. Tutor ad utilitatem. 22. 41
L. Vulgo observatur. 23. 38
L. Decreto prætoris. 24... *n.* 27. in tit. *de tut. et curat. dat.*
§. 1. Si duobus. 49
L. Si minoris. 25..... *V.* et idcirco curat. } *n.* 26. in tit. *de minorib.*
L. Cum curatore. 26... *n.* 6. in tit. *de eo qui pro tut.*
L. Tutor qui tutel. 27. *h. tit.* 48
L. Tutor pro pupillo. 28. 46
§. 1. Tutor qui post... *n.* 54. in tit. *de usuris.*
L. Maximeque heredem. 29.... *n.* 53. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
L. Tutoris præcipuum. 30. 39
L. D. Severus et Antoninus. 31... *n.* 9. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
L. Sine herede. 32... *n.* 11. in tit. *rem pup. vel adolesc. salv.*
§. 1. Modest. resp. damnum... *n.* 44. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*

§. 2. Modest. resp. tut... } *n.* 32.
§. 3. Item resp. si minus. } *d. tit.*
§. 4. Interposito curatore..... *n.* 55. in tit. *de minorib.*
§. 5. Item resp. sumptibus.... *n.* 56. *d. tit.*
§. 6. Titius coheres... *n.* fin in tit. *de tutel. et rat. distr.*
§. 7. Tutores duo... *n.* 19. *d. tit.*
L. A tutoribus et curatoribus. 33... *n.* 37. *d. tit.*
§. 1. Officium tutorum. *Num.* 47
§. 2. Heredibus quoque... *n.* 7. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 3. Principalibus constitut... *n.* 12. in tit. *de contr. tut. act.*
L. Ad instruendam. 34... *n.* 20. in tit. *de suspect. tutor.*
L. Tutor sive curator. 35... *n.* 41. in tit. *de tut. et rat. distr.*
L. Inter tutores. 36. 21
L. Tutorem qui tutelam. 37.. } *n.* 5. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 1. Secund. quam sentent. }
§. 2. Inde descendit..... }
L. Si plures tutelam. 38. } *n.* 10.
§. 1. Si quidam ex his.. } *d. tit.*
§. 2. Unde quærendum est.... *n.* 18. *d. tit.*
L. Tutores qui post. 39.. *n.* 42. *d. tit.*
§. 1. Curator a patre. 31
§. 2. Qui se negotiis. *ibid.*
§. 3. Heres institutus. 22
§. 4. Adversus tutorem... *n.* 6. in tit. *quand. ex fact. tutoris.*
§. 5. Curatores adolescentis... *n.* 11. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
§. 6. Tutor datus... *n.* 5. in tit. *de fidej. et hered. tutor.*
§. 7. Rerum provinc. 23
§. 8. Patruus testamento. *ibid.*
§. 9. Curatores testamento. *n.* 5. in tit. *de eo qui pro tutor.*
§. 10. Tutoribus idoneis..... *n.* 11. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 11. In eum qui... *n.* 12. *d. tit.* ℣. quod tamen ex tutela.... *n.* 13. *d. tit.*
§. 12. Tutores pubere. 46
§. 13. Ab eo qui restitutionis... *n.* 4. in tit. *de minorib.*
§. 14. Negligentiæ tutorum... *n.* 41. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 15. Adolesc tutoribus. } *n.* 33.
§. 16. Tutor qui tutoris.. } *d. tit.*
§. 17. Tutelæ judicium... *n.* 21. *d. tit.*
§. 18. Quod de peculio...
L. Impuberi filio. 40. *Num.* 31
L. Qui plures tutor. 41... *n.* 24. in tit. *de liberat. leg.*
L. Ex pluribus. 42... *n.* 55. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
L. Quum post mortem. 43..... *n.* 42. *d. tit.*
§. 1. Qui quum esset... *n.* 6. in tit. *quand. ex fact. tutoris.*
L. Qui nominibus. 44... *n.* 41. in tit. *de tutel. et rat. distr.*
§. 1. Sed si pupillus.... *n.* 55. *d. tit.*
L. Si pupillus alterum. 45... *n.* 15. *d. tit.*
L. L. Titius curator. 46... *n.* 33. *d. tit.*
§. 1. Sempronii qui... *n.* 13. in tit. *de magistrat. conven.*
§. 2. Tutorem pui pecuniam... *n.* 46. in tit. *de tutel. et rat. distrah.*
§. 3. Quæsitum est an ejus.... *n.* 53. *d. tit.*
§. 4. Paulus resp.: Propter.... *n.* 12. in tit. *de rem pup. vel adol. salv.*
§. 5. Tutelæ judicio. 48
℣. sed si cum tutore. *ibid.*
§. 6. Quum testamento... *n.* 8. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 7. Tutoribus concessum. 41
L. Titium et Mævium. 47. 50
§. 1. Quantum aut filio... *n.* 6. in tit. *ubi pup. educ.*
§. 2. Tutores dati... *h. tit.* 22
§. 3. A matre datus... *n.* 2. in tit. *quod fals. tut.*
§. 4. Præfectus legionis... *n.* 48. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 5. L. Titius mutuam... *n.* 42. *d. tit.*
§. 6. Altero ex duobus... *n.* 36. *d. tit.*
§. 7. Tutor rerum italicarum. 23
L. Inter bonorum. 48... *n.* fin. in tit. *de curatorib. furios.*
L. Ob fœnus. 49.... *n.* 23. in tit. tit. *de suspect. tut.*
L. Si res pupillaris. 50... *n.* 44. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
L. Si duo pluresve. 51... *n.* 13. in tit. *rem pup. vel. adol. salv.*

L. Curator pro. 52... *n.* 15. in tit. *de jur. dot.*
L. Æmilius-Dexter. 53... *n.* 12. in tit. *de magistr. conven.*
L. Non existimo. 54... *n.* 46. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
L. Tres tutores. 55..... *n.* 14.
V. plane si pecunia. } *d. tit.*
§. 1. Sed si ipsi tutores... *n.* 59. *d. tit.*
§. 2. Non solum ergo... *n.* 14. *d. tit.*
§. 3. Item in eo quod... *n.* 13. *d. tit.*
§. 4. Quod autem dicitur. *N.* 25
L. Tutor rerum. 56... *n.* 15. in tit. *de auctor. et cons. tut. et cur.*
L. Chirographis. 57.... *n.* 43. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
§. 1. Ab eo qui sententia..... *n.* 39. *d. tit.*
L. Qui negotiationem. 58..... *n.* 36. *d. tit.*
§. 1. Ex duobus tutoribus..... *n.* 51. *d. tit.*
§. 2. Testamento dati tutores. 30
§. 3. Pupillo herede... *n.* 50. in tit. *de tut. et rat. distr.*
§. 4. Quæsitum est an usuræ... *n.* 51. *d. tit.*
L. Quum hereditas. 59... *n.* 87. in tit. *de pactis.*
L. Si tutoris heres. 60... *n.* 6. in tit. *de fidejuss. et hered. tut.*
L. *fin.* Apud Aristonem. 61... *n.* 33. in tit. *de hered. petit.*

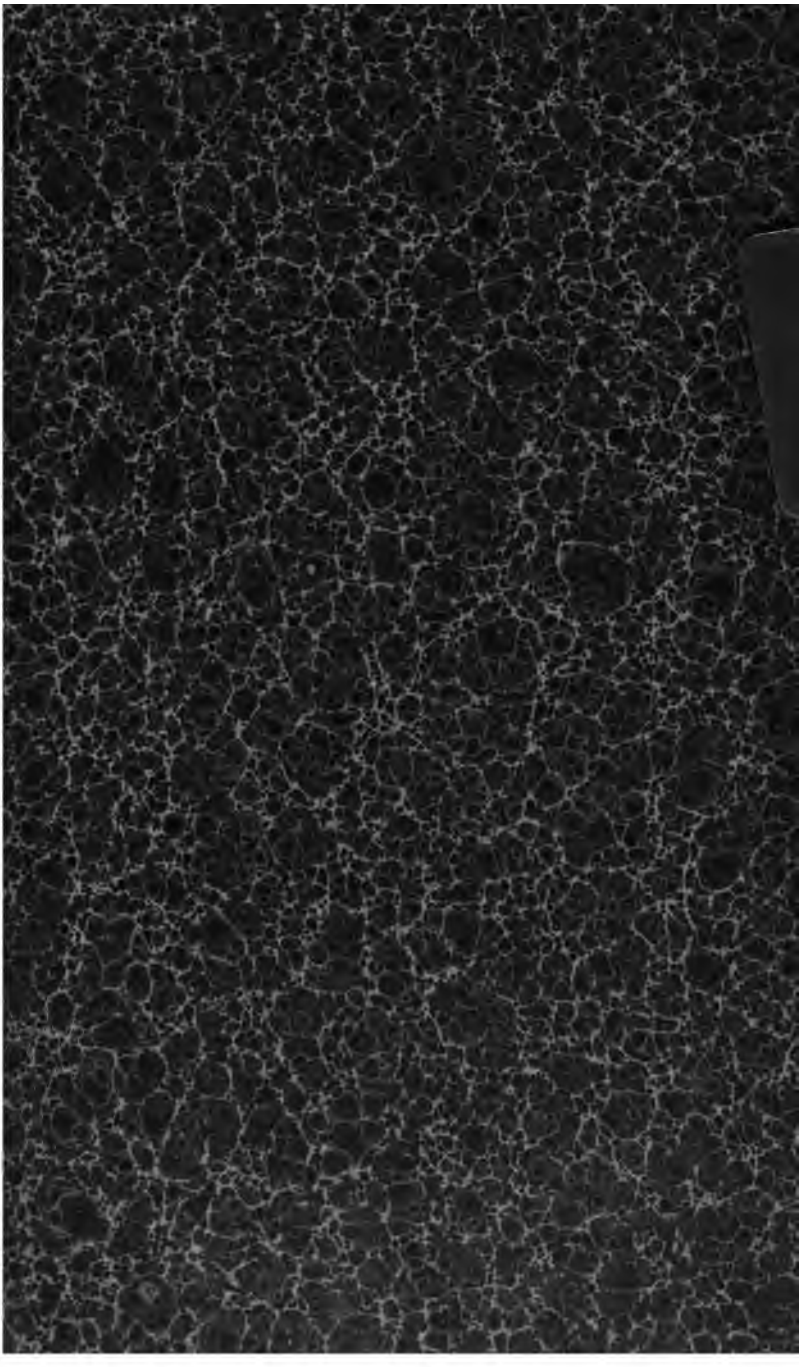
TITULUS VIII.

De auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

LEX Quanq. regula. 1... *h. tit. N.* 11
V. et quum quidam. 10
V. sed si auctor. *ibid.*
§. 1. Tutor si invitus. 18
L. Nulla differentia. 2. 17
L. Etiamsi non. 3. 21
L. Et si pluribus. 4. 6
L. Pupillus obligari. 5. 13
V. sed et si quum solus sit. 10
§. 1. Pupillus vendendo. 3
§. 2. Item ipse tutor. 13
V. sed si mala fide. *Num.* 13
§. 3. Sed si per interpositam. 14
§. Sane si ipse quidem. *ibid.*
§. 5. Sed et si creditor. 15
§. 6. Si filius tutoris. 10
L. Tutores quibus. 6. 14
L. Quod dicimus. 7. 11
§. 1. Si duo rei sint. 7
§. 2. Si et pater et filius. 12
L. Etsi conditionalis. 20
L. Obligari ex omni. 9. 1
V. sed credendo obligare. 2
§. 1. Ex hoc autem. *ibid.*
V. hoc amplius. *ibid.*
§. 2. Pupillus ex omnibus. *ibid.*
§. 3. Hereditatem adire. 3
§. 4. Nec ex senatusconsulto. *ibid.*
§. 5. Tutor statim in ipso. 19
§. 6. Etiam si non. *ibid.*
L. Tutor qui per valetud. 10.... *n.* 44. in tit. *de tut. et rat. distrah.*
L. Si ad pupillum. 11. 3
L. Si servus communis. 12. 10
L. Impuberes tutore. 13. 21
L. Non multum. 14. 18
L. Accipientis et edentis. 15. 9
L. Etiamsi tutor. 16. 8
L. Si tutor pupillo. 17. 18
L. Potest pupillus. 18. 10
L. Curatorem etiam. 19. 5
L. Inter pupillos paternæ. 20. 21
L. Defendente tutore. 21... *n.* 85. in tit. *de acq. her.*
L. *fin.* Si quid est quod. 22. 10

TITULUS IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel convenirí possunt.

LEX Ob dolum malum. 1... *h. tit. N.* 8
L. Si tutor vel curator. 2. 2
L. Dolus tutorum. 3. 8
L. At si extrinsecus. 4. *ibid.*
L. Post mortem. 5. 3
§. 1. Tutor qui pecuniam. 6
V. non idem in eo placuit. *ibid.*
L. Tutor interposito. 6. 3
L. Tutori qui infantem. 7. *ibid.*
L. *fin.* Tutor qui et coheres. 8. 7

FINIS TABULÆ TOMI IX.